

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق

جامعة الاسكندرية

العدد الثالث والرابع ١٩٩٣



مَجَلَّةُ الْحَقُوقِ لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْصَادِيَّةِ

مَجَلَّةٌ مُحَكَّمَةٌ تُصَدِّرُهَا كَلِيَّةُ الْحَقُوقِ
جَامِعَةُ الْإِسْكَنْدَرِيَّةِ

رئيس التحرير
الأستاذ الدكتور
محمد السعيد الدقاق
عميد الكلية

سكرتير التحرير
الأستاذ الدكتور
محمد رفعت عبد الوهاب
وكيل الكلية للدراسات العليا

رؤساء التحرير السابقون

أ.د. زكى عبد المتعال مؤسس المجلة	١٩٤٢ - ١٩٤٥
أ.د. عبد المعطى الخيال	١٩٤٥ - ١٩٤٦
أ.د. السعيد مصطفى السعيد	١٩٤٦ - ١٩٤٩
أ.د. حسن أحمد بغدادى	١٩٤٩ - ١٩٥٢
أ.د. حين فهمى	١٩٥٢ - ١٩٥٩
أ.د. أنور سلطان	١٩٥٩ - ١٩٦٤
أ.د. على صادق أبوهيف	١٩٦٤ - ١٩٦٦
أ.د. أحمد شمس الوكيل	١٩٦٦ - ١٩٦٨
أ.د. حسن حسن كيره	١٩٦٨ - ١٩٧١
أ.د. مصطفى كمال طه	١٩٧١ - ١٩٧٤
أ.د. على محمد البارودى	١٩٧٤ - ١٩٧٧
أ.د. محسن خليل	١٩٧٧ - ١٩٧٩
أ.د. توفيق فرج	١٩٧٩ - ١٩٨٢
أ.د. جلال ثروت محمد	١٩٨٢ - ١٩٨٥
أ.د. جلال على العدوى	١٩٨٥ - ١٩٨٨
أ.د. مصطفى الجمال	١٩٨٨ - ١٩٩١
أ.د. محمد زكى أبو عامر	١٩٩٢ - ١٩٩٣

محتويات العدد

الصفحة

الموضوع

- * الحق في الإخلاء الجبري ونظامه الإجرائي
د. أحمد خليل
١٩٤ - ٥
- * مدى ملائمة نظرية الانتاجية الحديثة للأجور
لتفسير البطالة المقنعة في القطاع الزراعي
في الدول النامية
د. أحمد مندور
٢١٥ - ١٩٥
- * الآثار السلبية للإجرام على الحياة المهنية
في نطاق قانون العمل
أ.د. همام محمد محمود
٤٢١ - ٢١٧
- * فكرة المعرفة الفنية (Know-How)
والأساس القانوني لحمايتها
(دراسة في القانون الأمريكي)
د. جلال وفاء محمدين
٥٦٨ - ٤٢٣
- * الآثار المحتملة للتوسع في صادرات
الدول النامية من المنتجات المصنعة
على ظروف العمالة بالدول الصناعية المتقدمة
(دراسة نظرية تطبيقية)
د. أحمد مندور
٥٩١ - ٥٦٩

الحق في الإخلاء الجبري ونظامه الاجرائي

دراسة مقارنة
في القانونين المصري والفرنسي

الدكتور

أحمد علي السيد خليل

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

١ - الإخلاء الجبرى والتفويض المباشر:

إذا كان الحجز هو أكثر وسائل التنفيذ شيوعا إلا أنه ليس الوسيلة الوحيدة للتنفيذ^(١). فبحسب "محل" الالتزام الواجب تنفيذه وما إذا كان مبلغا من النقود أم ليس كذلك تتحدد وسيلة التنفيذ الجبرى. فعندما يكون محل الالتزام المطلوب تنفيذه مبلغا من النقود، فإن طريق التنفيذ عندئذ هو "الحجز" على أموال المدين واستيفاء الدين من المال للمجوز ذاته إذا صادف وكان هذا المال نقودا والا فمن ثمنه بعد بيعه إذا لم يكن كذلك. أما عندما يكون محل الالتزام شيئا آخر غير النقود، فإن طريق التنفيذ الواجب اتباعه حينئذ ليس الحجز - والذي يعد وسيلة غير مباشرة لإكضاء الحق - وإنما هو "التفويض المباشر" حيث تستعمل القوة الجبرية لإكضاء محل الالتزام مباشرة^(٢).

(١) د. عبد الباسط جمعى، طرق وإشكالات التنفيذ فى قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربى، ١٩٧٤، ص ٣، د. أمينة النمر، التنفيذ الجبرى، ١٩٨٨، ص ٧، د. عزمى عبد الفتاح، قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات، دار الفكر العربى، ١٩٨٣ - ١٩٨٤، ص ٣٨.

(٢) أنظر فى تقسيم التنفيذ على أساس الوسيلة إلى تنفيذ مباشر وتنفيذ غير مباشر بحسب ما إذا كان يتم بوسائل مباشرة أو بوسائل غير مباشرة، والوسائل المباشرة للتنفيذ هى التى تحقق التنفيذ بغير إحداث أى تغيير فى المركز القانونى لطالب التنفيذ أو المنفذ ضده، أما الوسائل غير المباشرة للتنفيذ فهى الوسائل التى تحقق هدف التنفيذ عن طريق إحداث تغيير فى المركز القانونى لطالب التنفيذ أو المنفذ ضده أو عن طريق التأثير على إرادة المدين ليقوم بالأداء المطلوب، وأنه وفقا لهذا التقسيم يعد "الحجز" تنفيذا "مباشرا" إذا كان حجزا على نقود لدى المدين تنفيذا للالتزام هو الآخر بمبلغ من النقود، بينما يعد هو ذاته تنفيذا "غير مباشر" إذا كان حجزا على

وإذا كانت أحوال التنفيذ المباشر متعددة ولا تقع تحت حصر^(٣)، فإن الإخلاء الجبرى للأماكن - وهو محل هذه الدراسة - يعد من بينها^(٤)، بل إنه يعد أكثر هذه الأحوال شيوعاً فى فرنسا^(٥) ومصر. فالتنفيذ المباشر هو الطريق الذى يتم به الإخلاء الجبرى نظراً لأن كل الإلزام الوارد فى السند التنفيذى عندئذ المفروض أنه ليس مبلغاً من النقود ولجب الوفاء - ولذلك فطريق الحجز مستبعد - وإنما عين معينة يجب أن تكون خالية مما يشغلها من أشخاص أو منقولات، ولا يفعل الدائن للوصول إلى هذه النتيجة سوى استعمال القوة الجبرية لإخلاء العين مباشرة. فهذا هو الإخلاء الجبرى.

وإذا كان يشترط لإتباع طريق التنفيذ المباشر شرطان هما أن يكون هذا التنفيذ ممكناً من الناحية المادية وممكناً من الناحية الأدبية^(٦)، فإن ذلك لا يحول عادة بين الإخلاء الجبرى وبين التنفيذ المباشر. فالإخلاء ممكن دائماً من الناحية المادية طالما لم يحدث هلاك للعين، ثم إنه أيضاً ممكن من

== منقولات أخرى للمدين: د. محمد عبد الخالق، مبادئ التنفيذ، الطبعة الثالثة ١٩٧٧، دار النهضة العربية، بند ١٠.

(٣) كتسليم بضاعة معينة، أو إزالة بناء أو أقامته، أو سد مسقى أو اعادتها أو غلق عين أو فتحها، أو غير ذلك من الحالات التى لا يكون فيها محل الإلزام مبلغاً نقدياً.

(٤) انظر: د. وجدى راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائى، ١٩٧٤، دار الفكر العربى، ص ١٤٩.

(٥) G. WIEDERKEHR, Encyclopedie Dalloz, Repertoire de procedure Civile Tome II, 2e ed, 1979 V. Execution des jugements et des actes, no 43.

(٦) د. فتحى والى، التنفيذ الجبرى، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، بند ٥، وفى نفس المعنى: د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ فى الموالد المدنية والتجارية، الطبعة التاسعة ١٩٨٦، منشأة المعارف، بند ٤ وما يليه د. نبيل عمر، التنفيذ القضائى وإجراءاته، منشأة المعارف، ١٩٨١، بند ٤، د. عزى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها.

الناحية الأدبية نظرا لأنه لا يتطلب تخلا شخصيا من المدين، إذ يمكن حلول سلطة التنفيذ محل المدين فتقوم بإخراجه هو ومنقولاته دون المساس بحريته ودون حاجة إلى الضغط على إرادته ليقوم بالإخلاء بنفسه. وعلى أية حال فإن الإخلاء الذى يصدر به حكم قضائى - وهو أكثر سندات الإخلاء الجبرى شيوعا - يراعى عادة عند النطق به توافر هذين الشرطين.

٢ - الطابع المأساوى للإخلاء الجبرى:

لا شك فى أن التنفيذ الجبرى عموما يودى إلى آثار خطيرة بالنسبة للمنفذ ضده، إذ أنه يودى إلى المساس بسمعته فضلا عن أمواله. وإذا كانت هذه الآثار تظهر واضحة جلية عند التنفيذ بالحجز ونزع الملكية حيث يصبح المدين - وبمجرد البدء فى التنفيذ - مغلوبا على أمره محروما من بعض سلطاته على ماله ومقيدا فى البعض الآخر، فإنها ليست أقل وضوحا عند التنفيذ المباشر بالإخلاء. ويكفى أن نتخيل فى هذا الصدد الآثار الوخيمة التى يمكن أن تترتب - فى الوضع الحالى لأزمة الاسكان فى مصر - على إخلاء مكان مخصص للسكن. إذ غالبا ما يترتب على الإخلاء الجبرى للمسكن تشريد للأسرة وإتلاف لمتاعها. ولن يكون مصير المنفذ ضده أسعد حالا لو كان محل الإخلاء مكانا مخصصا لأغراض أخرى تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنية. فالإخلاء من هذه الأماكن يعنى غالبا تجريد المنفذ ضده من مصدر رزقه، والذى قد لا يستطيع أن يعوضه عند الحصول على مكان بديل، على فرض أنه يملك مقابله.

ولذلك لم يكن مستغربا أن يعتبر البعض أن الإخلاء الجبرى للمساكن هو إجراء مخجل مثل لم يعد يليق بالقرن العشرين (٧). بل ولقد ذهب البعض إلى حد المناداة بتحريم الاخلاء للمساكن المؤجرة عندما يكون المستأجر حسن النية أو عندما تكون الأسرة ذات أطفال (٨).

ولكن إذا كان يحمد لهذه الآراء أنها تلفت النظر للطابع المأساوى للاخلاء الجبرى وضرورة السعى نحو حماية المنفذ ضده من الناحيتين النفسية والمادية، إلا أن تحمسها لرأيها كان يجب ألا يكون على حساب صاحب الحق فى الاخلاء ولا على حساب المصلحة العامة.

٣ - الإخلاء الجبرى وضرورة التوفيق بين مصالح ثلاثة. المصلحة الأولى: مصلحة المنفذ ضده:

فالواقع من الأمر أن اللجوء إلى الإخلاء الجبرى يمس مصالح ثلاث يلزم التوفيق بينها. فهناك أولا بطبيعة الحال مصلحة المنفذ ضده والذي يعرضه الاخلاء الجبرى - خاصة إذا كان محله مسكنا - لأن يجد نفسه - هو وأسرته ومتاعه - فى الطريق العام بلا مأوى، وكفى بذلك مأساة اجتماعية. فهل يجب أن يقف النظام القانونى أمام هذه المأساة صامتا؟

(٧) انظر فى ذلك ما قاله بعض أعضاء البرلمان الفرنسى بمناسبة مناقشة مشروع قانون اجراءات التنفيذ، وذلك لدى:

C. LARHER - LOYER, Juris - Classeurs Procedure civile, Fasc. 2400
"Expulsion", no 1.

(٨) انظر فى هذا أيضا ما قاله بعض أعضاء البرلمان الفرنسى، لدى:
C. LARHER - LOYER, Op.Cit., No 1.

الواقع أن مراعاة جانب المدين يجب أن تبدأ مبكرة بحيث تحول بقدر الامكان دون نشوء الحق فى الاخلاء الجبرى. فإذا توجب هذا الحق رغم ذلك فيجب أن نضع تحت تصرف المدين ما يمكنه من توكى استعماله. فإذا لم يعد التوكى جائزا فليس معنى ذلك أن نترك المدين فريسة لصاحب الحق وإنما أن نتاح للمدين فسحة معقولة من الوقت يقوم خلالها بالبحث عن مكان بديل وبالإخلاء الاختيارى دون تدخل سلطة التنفيذ وما يصاحبها من القوة العامة. وحتى إذا انقضت المهلة ولم يتم الاخلاء اختيارا ولم يعد بد من أن تحل سلطة التنفيذ محل المدين وتقوم بالاخلاء الجبرى، فإنه مستط - أو يجب أن تظل - لمتعلقات المدين حرمة توجب على سلطة التنفيذ الحفاظ عليها لحين تمكن المدين من استعادتها. وإذا كانت مهمة التنفيذ الجبرى تستتند عادة عند هذه المرحلة، إلا أن العمل على إعادة إيواء المدين سيظل هدفا يسعى إليه النظام القانونى ككل، إذ قد يسترد المنفذ ضده - عند وجود البديل - ما كان قد الفقده من اعتبار أو خسارة مادية بسبب الاخلاء.

ومنى أوضحنا ما تقدم تساجنا لبتداء: إلى أن مدى كانت الاعترافات السابقة حاضرة فى ذهن المشرع المصرى وهو ينظم الاخلاء الجبرى؟

أول ما نلاحظه فى هذا الميدان هو غياب التنظيم التشريعى المتكامل للإخلاء الجبرى وللتنفيذ المباشر عموما. كل ما هنالك أنه يطبق فى شأنه القواعد العامة التى وردت فى الباب الأول من الكتاب الثانى من قانون المرافعات (١)، والمادة ٤٤ مكرر من القانون نفسه (١٠) كما أنه قد ورد

(١) انظر: د. ابو الوفاء، المرجع السابق، بند ١١، د. عزمى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٨ هامش (٢).

بصدد الاخلاء الجبرى بعض نصوص متفرقة فى قوانين الايجار الاستثنائية المختلفة (١١).

فى ظل هذا الوضع، لن يكون مستغربا أن يخلو التنظيم القانونى من القواعد الكفيلة بمراعاة مصلحة المدين. صحيح أن من القواعد القائمة ما يحقق بعض الحماية خاصة على مستوى توكى الاخلاء الجبرى على نحو دائم (١٢) أو مؤقت (١٣)، إلا أن مساهمة المشرع قد توقفت - تقريبا - عند هذا الحد رغم حاجة المنفذ ضده المستمرة إلى رعاية المشرع.

== ويعنى ذلك تطبيق القواعد التى وردت بشأن قاضى التنفيذ، والسند التنفيذى وما يتصل به، والنفاذ المعجل، واشكالات التنفيذ، وذلك بشأن الاخلاء الجبرى وغيره من حالات التنفيذ المباشر.

ويلاحظ أن المواد التى وردت بشأن محل التنفيذ (المواد ٣٠٢ - ٣١١) وإن وردت ضمن القواعد العامة إلا أنها تخص فقط محل التنفيذ بالحجز بحيث لا يتصور مطلقا تطبيقها بصدد الاخلاء الجبرى أو التنفيذ المباشر عموما. (١٠) وهى المادة التى أعطت للنيابة العامة سلطة اصدار قرارات وقتية تصلح سندا للاخلاء الجبرى، كما نظمت وقف تنفيذها.

(١١) وهى المادة ١٨ ب/٢ من قانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر. وهذه المادة تتعلق بدرا تنفيذ الحكم المستعجل القاضى بطرد المستأجر لعدم الوفاء بالأجرة. وكذلك المواد ٢٣ و ٢٤ و ٦٥ من قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع المساكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر. وهذه المواد تتعلق بالقرار الإدارى كسند للاخلاء وإمكانية تنفيذه بالطريق الإدارى.

(١٢) نقصد بذلك المادة ١٨ ب/٢ من قانون رقم ١٣٦ سابق الإشارة إليه. فهذه المادة - كما سوف نرى لاحقا (انظر ما يلى: بند ٤٣ وما يلىه) - تمنع تنفيذ سند الاخلاء عندما يكون حكما مستعجلا قضى بطرد المستأجر لعدم الوفاء بالأجرة، وذلك إذا ما قام المستأجر بالوفاء بالأجرة ولو عند التنفيذ.

(١٣) نقصد بذلك المادة ٣١٢ مراتعات والتى تسمح بتقديم طلب يوقف الاخلاء الجبرى وفى الحال بمجرد تقديم الطلب وذلك عندما يكون هذا الطلب طلبا أول أو فى حكم الطلب الأول، وبناء على صدور حكم بالوقف فى حالات أخرى. وكذلك المواد ٢٤٤ و ٢٥١ و ٢٩٢ مراتعات وكذلك ومن قبلهم المادة ٤٤ مكرر، والتى تسمح باصدار حكم يوقف التنفيذ - ولو كان هذا للتنفيذ هو الاخلاء الجبرى - بناء على

وهذا على عكس الحال في التنظيم التشريعي الفرنسي الحديث للإخلاء الجبرى. فإذا كان القانون الفرنسى قد ظل غافلا عن تنظيم الإخلاء الجبرى فيما مضى، إلا أنه قد تنبه أخيرا إلى خطورة هذا الوضع، فراح ينظم هذا الإخلاء بقواعد تفصيلية تتطوى على قدر هائل من الضمانات التى تخفف إلى حد كبير من أوجه النقد التى يمكن توجيهها إلى الإخلاء الجبرى فى القرن العشرين (١٤). فسوف نوضح لنا خلال الدراسة مدى رعاية المشرع الفرنسى للمنفذ ضده فى مجال الإخلاء خاصة إذا كان محله مسكنا. وتبدأ هذه الرعاية مبكرة حيث يقصر القانون الإخلاء الجبرى على بعض السندات التنفيذية دون البعض الآخر قاصدا من وراء ذلك عدم جواز الإخلاء إلا بناء على سند يضمن الحق فى الإخلاء على نحو أكيد أكثر من غيره. وتتوالى الرعاية بعد ذلك متمثلة فى إعطاء المنفذ ضده عدة مهل يتمتع خلالها بالتنفيذ، وفى نفس الوقت تعد معقولة حيث تكفى عادة لكى يدبر المنفذ ضده خلالها أمره بالعثور على مكان بديل والقيام بالإخلاء الاختيارى. وحتى نضمن استفادة المنفذ ضده من هذه المهل أوجب المشرع اعلام المنفذ ضده بحقوقه فى هذا الشأن وفى غيره. وتستمر رعاية المشرع للمنفذ ضده أثناء مرحلة الإخلاء الجبرى عندما يصبح ذلك جائزا، فينظم وضع المنقولات التى قد توجد بالعين محل الإخلاء على نحو يكفل المحافظة عليها لحين قيام المنفذ ضده باستعادتها إن لم يتمكن من ذلك فى حينه، بل وقد تكون هذه المحافظة

== طلب يقدم لمحكمة الطعن أو للتظلم فى سند الإخلاء. أنظر فى تفاصيل ذلك: ما بلى، بند ٥٢ وما يليه.
(١٤) أنظر ما سبق، بند ٢

على بعض هذه المنقولات مؤيدة. وبالإضافة إلى كل ما سبق حرص المشرع الفرنسي على إيواء المنفذ ضده في مكان بديل مناسب.

وهكذا سعى المشرع الفرنسي إلى تحقيق رعاية للمدين في مجال الإخلاء الجبرى تعبر عن التوجه الإنسانى الذى يجب ألا يغفل عند أى تنظيم للتنفيذ الجبرى خاصة فى مجال الإخلاء للمساكن. مثل هذه الرعاية يفترضها - كما قلنا - المنفذ ضده بالإخلاء فى القانون المصرى الى حد كبير. ولذلك يبدو لنا مستحسنا - بل وضروريا - الإسراع بتبنى التنظيم الفرنسى للمسألة فى معظم خطوطه.

ولكن هل يجب أن تكون الرعاية المزمع منحها للمنفذ ضده فى مجال الإخلاء على حساب الطرف الآخر فى التنفيذ وهو صاحب الحق فى الإخلاء؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال الفقرة التالية.

٤ - المصلحة الثانية : مصلحة صاحب الحق فى الإخلاء

إذا كان تحمسا لحماية المنفذ ضده فى مجال الإخلاء الجبرى له ما يبرره، إلا أن ذلك لا يجب أن يصل الى الحد الذى يتعارض مع مصلحة صاحب الحق فى الإخلاء، خاصة وأن هذه المصلحة الأخيرة ليس فقط أنها تكون مشروعة- فهذا أمر بديهي- وإنما أيضا لانها قد تفوق مصلحة المنفذ ضده. إذ يجب أن نضع موضعا متقدما فى الذهن أننا أمام دائن يعد صاحب حق فى الإخلاء الجبرى ثابت بسند تنفيذى. مثل هذا الشخص لا يجب أن تقف الاعتبارات الإنسانية أو الاجتماعية التى تدعو لحماية المدين حائلا دون حصوله على

حقه ولو جبرا وإلا لأصبح السند التنفيذي مجرد قصاصة ورق لا حياة فيها^(١٥). ثم إن هذا السند كثيرا ما يكون قضائيا، وبالتالي لا يتمكن المحكوم له من الحصول عليه إلا بعد تحمل جهة ومشفة ونفقات كثيرة، هذا فضلا عما يتحملة من عنت خصمه ومشاكسته^(١٦). ولذلك يجب التعجيل بتمكين صاحب الحق في الإخلاء من التنفيذ حتى لا تتضاعف المشقة وتزداد النفقات. صحيح أن نفقات التنفيذ يتحملها قانونا المنفذ ضده، إلا أن ما يحكم به في هذا الصدد - على فرض قيام طالب الإخلاء بالمطالبة بها قضائيا - لا يتناسب البتة مع النفقات الفعلية التي يتحملها في النهاية صاحب الحق. وأخيرا فإن التوجه الإنساني للقانون لا يجب أن ينحصر فقط في المدين، فكم من صاحب حق في الإخلاء أخرج إلى المكان من المنفذ ضده. خذ مثلا حالة المالك الذي يضطر إلى أن يقيم لديه ابنه المتزوج واسرته في نفس الوقت الذي يكون لديه مكان آخر مستأجر واحتفظ به المستأجر مع سكن آخر بغير مقتضى. فإذا حصل المؤجر على حكم نهائي بالإخلاء هل يصح أن يؤخر القانون تمكنه من التنفيذ بحجة رعاية المنفذ ضده؟ لا شك أن الذي يحتاج إلى هذه الرعاية والأولى بها في هذا المثال هو طالب التنفيذ.

وهكذا نخلص إلى أن الأهداف الإنسانية التي قد يسعى المشرع إلى تحقيقها لصالح المدين لا يجب أن تتجاوز القدر المعقول فتطغى على مصلحة الدائن. فلا يجب أن تصل الحماية التي يراد منحها للمدين إلى الحد الذي يحرم الدائن من الحق في الإخلاء ولو كان المنفذ ضده حسن النية أو

R. PERROT, Cours de voies d'exécution, 1975, P. 3

(١٥)

(١٦) انظر:

J. VINCENT, Voies d'exécution et procédure de distribution, 13e ed, no 1.

كان المكان المراد إخلاؤه مسكنا للعائلة. كما لا يجب أن يكون توكى التنفيذ إلا على سبيل التأنيث ولمدة معقولة، وإذا كان ولا بد من دوامه فبشرط زوال المخالفة التي استوجبت الاخلاء^(١٧) وبشرط أيضا ألا تتكرر هذه المخالفة ثانية^(١٨). وإذا توجب الاخلاء الجبرى وامتنع المنفذ ضده عن أخذ منقولاته، فإن المحافظة عليها لا يجب أن تنقل للمعبء على طالب التنفيذ وبحيث لا يكلف بالمحافظة عليها إلا لمدة معقولة^(١٩). وإذا تم الاخلاء وعاد المنفذ ضده إلى شغل العين من جديد دون سند يعطيه الحق فى ذلك، فإن سند الاخلاء الأول يجب أن يظل صالحا لإجراء الاخلاء الجبرى من جديد^(٢٠). وإذا كانت للمنفذ ضده حاجة إلى إيواء بديل، فإن تعذر ذلك لا يجب أن يقف حائلا دون إجراء الاخلاء خاصة بعد فوات المدة المعقولة التي تمنح له - لو يجب أن يتضمن النظام القانونى ما يكفل منحها - والتي كان عليه أن يدبر أمره خلالها^(٢١).

(١٧) وهذا ما قلناه المشرع المصرى بالفعل حين سمح ببدء تنفيذ حكم الاخلاء - أو الطرد - الصادر من القضاء المستعجل بسبب عدم الوفاء بالأجرة إذا قام المستأجر وأوفى بالأجرة ولو عند التنفيذ. أنظر فى ذلك: ما يلى بند ٥ وما يليه.

(١٨) وهذا أيضا ما راعاه المشرع المصرى حين منع دأ تنفيذ الحكم المستعجل القاضى بالإخلاء عند تكرار الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالأجرة. أنظر ما يلى، بند ٥٦ وما يليه.

(١٩) وهذا ما راعاه المشرع الفرنسى فى تنظيمه لإجراءات الاخلاء الجبرى حيث لا يجوز تكليف طالب التنفيذ بأن تظل المنقولات لديه مودعة إلا لمدة شهر يجب نقلها بعد ذلك من عنده. أنظر ما يلى، بند ١٢٤.

(٢٠) وهو الحل الذى تبناه المشرع الفرنسى صراحة، ولكن الأخذ به فى القانون المصرى بوضعه للراهن غير جائز، وإن كان مستحسنا تبنيه. أنظر ما يلى، بند ١٣١ وما يليه.

(٢١) ولذلك رفض المشرع الفرنسى الاقتراح الذى كان ينادى به البعض من جعل إعادة التسيكن المناسب شرطا لإجراء الاخلاء خاصة بالنسبة للمساكن. أنظر ما يلى هامش ١٦٠ ص ١٠٢.

وإذا كانت المصلحة المشروعة لصاحب الحق في الاخلاء يجب أن تكون محل اعتبار فتحول دون الاقراط في منح الحماية للمنفذ ضده، فإن المصلحة العامة تظهر أيضا على مسرح الاخلاء الجبرى، وتساهم بتواجدها في ألا تصل درجة الحماية التي يجب تكثيفها لصالح المنفذ ضده إلى حد "تدليله". يجب إذن ألا يغفل التنظيم القانوني للإخلاء الجبرى تواجد المصلحة العامة.

٥ - المصلحة الثالثة: الإخلاء الجبرى والمصلحة العامة

إن الاعتبارات التي يجب أن ينطلق منها أى تنظيم قانوني للإخلاء الجبرى تطوى بين جنباتها ليس فقط مصالح خاصة - متقابلة - لطرفى التنفيذ، وإنما أيضا مصلحة الغير. وهو ما يجعل لهذا التنظيم - عند تواجده - تعلقا بالمصلحة العامة وبالتالي بالنظام العام^(٢٢).

ولشرح ذلك نقول أنه إذا كان الاخلاء الجبرى يواجه حالات مختلفة إلا أن أبرزها وأكثرها شيوعا من الناحية العملية هو إخلاء الأماكن المستأجرة بعد تواتر سبب من أسباب إخلالها ووجود سند تنفيذى - عادة حكما - يقضى بذلك. وفي زمن اشتدت فيه أزمة الاسكان وضاق خناقها، لم يعد اهتمام المشرع منصبا على العلاقة بين المؤجر والمستأجر فحسب، وإنما يجب عليه أيضا مراعاة طائفة ثلاثة غير المستأجرين وغير المؤجرين، هي

(٢٢) انظر في أنه إذا كان القصد من إجراءات التنفيذ صيانة مصلحة من قد تمسهم إجراءات التنفيذ من الغير، فإن ذلك يجعل هذه الإجراءات متعلقة بالنظام العام: د. أبو الوفاء، المرجع السابق، بند ١٣.

طائفة من تعوزهم المساكن^(٢٣). فإذا مال التنظيم القانوني للإخلاء دائما نحو إرضاء المستأجرين فإن أصحاب رؤوس الأموال سوف يهربون من مجال البناء التأجيرى إلى البناء بقصد التملك، وهو ما نشاهده واقعا فعلا فى الوقت الحاضر^(٢٤)، ويعانى منه الجيل الجديد من طالبي المساكن. ولاشك أن تشجيع التأجير فى ظل ضائقة المساكن المتأزمة هو أمر يهم الصالح العام، وهو ما يستتبع بالتالى عدم الإفراط فى حماية المستأجرين إذا ما توافر سند تنفيذى بالإخلاء، وهى النقطة التى تبدأ من عندها دراسة الإخلاء الجبرى.

٦ - نقص التشريع فى مجال الإخلاء الجبرى:

لم يرد ذكر لتعبير الإخلاء الجبرى أو حتى لتعبير التنفيذ المباشر عموما فى الكتاب الثانى من قانون المرافعات المصرى والخاص بالتنفيذ. فهل يعنى ذلك أنه طريق للتنفيذ يجهله القانون المصرى بحيث لا يجوز تحريك سلطة التنفيذ فى الدولة لإجرائه؟

الواقع أن التنفيذ المباشر هو ذاته التنفيذ العينى الذى يعرفه القانون المدنى (المواد ٢/٢٠٥، ٢٠٩، ٢١٢) والذى يعنى أن يجبر المدين على أداء عين ما التزم به من خلال قيام الدائن به على نفقة المدين. كما أن الباب الأول من كتاب التنفيذ (وهو الكتاب الثانى من قانون المرافعات) معنون باسم "أحكام عامة" ولذلك فإنه ينطبق على التنفيذ المباشر انطباقه على غيره من

(٢٣) د. أبو الوفاء، التعليق على النصوص الاجرائية فى قانون إيجار الأماكن، منشأة المعارف، ١٩٨٧، ص ٤٠٣.

(٢٤) انظر فى هذه الملاحظة د. أبو الوفاء، المرجع السابق، ص ٤٠٧.

طرق التنفيذ وأهمها التنفيذ بالحجز ونزع الملكية. وعليه فإن الإخلاء الجبرى بوصفه صورة من صور التنفيذ المباشر^(٢٥) يعد محكوما بالأحكام العامة للتنفيذ وهي المتعلقة بقاضى التنفيذ ومعاونوه، والمند التنفيذى وما يتصل به، والنفاذ المعجل، وإشكالات التنفيذ^(٢٦).

إلا أن هذه الأحكام ليست كافية لتكوين نظام قانونى متكامل للإخلاء الجبرى أو للتنفيذ المباشر عموما. فقد أهمل المشرع إعمالا تاما لتنظيم إجراءات التنفيذ المباشر^(٢٧). وقد يرجع السبب فى ذلك - على ما يبدو - إلى أن التنفيذ المباشر هو أداء المدين لعين ما التزم به، ولما كانت الالتزامات متعددة ولا يمكن أن تقع تحت حصر، كان من الصعب - إن لم يكن من المستحيل - وضع قواعد إجرائية موحدة للتنفيذ المباشر للالتزامات المختلفة.

ولذا كنا نسلم بصحة هذا العنر وسلامة نتيجته، إلا أنه ليس مانعا - فى نظرنا - من إيراد بعض الأحكام العامة بإجراءات التنفيذ المباشر، مثل تحرير محضر بالاجراءات المتخذة والبيانات العامة الواجب ذكرها فيه وتبليغه وغير ذلك.

(٢٥) انظر ما سبق، بند ١.

(٢٦) ولقد كان منطقيا أن ينطبق على الإخلاء الجبرى الفصل الخامس الخاص بمحل التنفيذ لوروده ضمن الأحكام العامة، لولا أن استعراض النصوص الواردة فى هذا الفصل (المواد ٢٠٢ - ٣١١) يوضح بما لا يدع مجالا للشك فى أن المشرع لم يضع نصب عينيه سوى محل التنفيذ بالحجز دون غيره من طرق التنفيذ. انظر فى محل التنفيذ بالإخلاء؛ ما يلى بند ٧٦ وما يليه.

(٢٧) انظر فى هذه الملاحظة: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٦.

والأهم من كل ذلك، أن هذا العذر لم يكن ليمنع المشرع من انتقاء أهم حالات التنفيذ المباشر وتنظيم إجراءاتها تفصيلا. ولعل الاخلاء الجبرى يمكن أن هو أول المرشحين لذلك لشيوعه بالمقارنة لباقي حالات التنفيذ المباشر من ناحية، وللمشاكل الكثيرة التى يثيرها وتتطلب تنظيمها إجراءاتها مفصلا لها من ناحية أخرى ، وهو ما سيتضح من خلال الدراسة.

وعلى عكس المشرع المصرى، فإن المشرع الفرنسى قد حالفه التوفيق حين اتاحت له فرصة اصلاح إجراءات التنفيذ الجبرى بمقتضى كل من القانون الصادر فى ٩ يوليو ١٩٩١ برقم ٩١ - ٦٥٠ والمرسوم الصادر فى ٣١ يوليو ١٩٩٢ برقم ٩٢ - ٧٥٥. فقد أفرد كل منهما موادا خاصة بالاخلاء الجبرى باعتباره أكثر حالات التنفيذ المباشر شيوعا، وتم تناوله على نحو يصدق معه القول بوجود تنظيم قانونى متكامل للاخلاء الجبرى وإجراءاته فى القانون الفرنسى. وهو تنظيم شامل يبدأ من حيث يجب البدء وهو السند التنفيذى اللازم لنشأة الحق فى الاخلاء الجبرى، وينتهى حيث تنتهى عملية الاخلاء بل وتوابعها حيث لم يفت على المشرع الفرنسى أن ينظم حتى حالة عودة المنفذ ضده الى شغل العين التى تم اخلاؤه منها جبرا. وبين هذا وذاك نظم المشرع الفرنسى مقدمات الاخلاء من تنبيه ومهلة - بل مهل - وإجراء الاخلاء ومحضره ومصير المنقولات وحتى الاوراق والمستندات الشخصية للمنفذ ضده، وهو ما سنتناوله خلال هذه الدراسة.

ولعل نجاح المشرع الفرنسى فى تنظيم قواعد الاخلاء الجبرى بعد دافعا للمشرع المصرى فى اقتفاء أثر نظيره الفرنسى، وأن يتدخل قريبا ويضع

قواعد نظرية تلاءم أوضاعنا القانونية والاقتصادية والاجتماعية والتي قد تكون مختلفة على نحو أو آخر.

٧- أهمية الدراسة

ولقد كانت الحاجة الى تنظيم الاخلاء الجبرى رغم خطورته هي الدافع الاساسى وراء اعداد هذا البحث. فالتقواعد العامة للتنفيذ لا تنطبق على نحو تلقائى فى مجال الاخلاء الجبرى، فسوف نجد أن بعض السندات التنفيذية المنصوص عليها فى المادة ٢٨٠ مرافعات والمذكورة ضمن الاحكام العامة لا تصلح - لسبب أو لآخر - سنداً للاخلاء الجبرى. كما سوف نجد أن توكى الاخلاء من خلال اشكالات التنفيذ المنظمة فى المادة ٣١٢ مرافعات قد يثور حوله شك فى بعض حالات الاخلاء، أو بمعنى أدق اذا كان الاخلاء يجرى بمقتضى سندات معينة. ثم ان من سندات الاخلاء الاخرى ما يمكن توكى تنفيذه بوسيلة لا يجوز اللجوء اليها اذا كان الاخلاء يجرى بسند آخر.

فاذا تساءلنا عن مقدمات الاخلاء، فسوف نجد أنها هي مقدمات التنفيذ بصفة عامة. ولقد كان يمكن أن تنتهى المشكلة عند هذا الحد لولا أن الدراسة المقارنة مع الوضع فى القانون الفرنسى سوف تكشف لنا مدى الحاجة الى استنباط أحكام جديدة خاصة بالاخلاء الجبرى.

فاذا حان الوقت بعد ذلك لمباشرة الاخلاء الجبرى فسوف نصطدم بخلو التشريع المصرى تماماً من الاجراءات الواجب اتباعها فى هذا الصدد، وهو

النقص الذي تقاداه المشرع الفرنسي الحديث، والذي نجد لازما علينا استعراضه
لعله يصادف اعتمادا تشريعيا مصرياً في ركنه قريب.

٨- خطة الدراسة:

ان يقف خلر التشريع المصري من تنظيم متكامل لقواعد الاخلاء الجبري،
واجراءاته حائلا دون دراسة هذه الدالة من حالات التنفيذ المبشور في تشريع
منهجي علمي. لاذ ان تستقصى هذه الدراسة على التمشي مع خطة البحث التي
يمكن اتباعها في دراسة التنفيذ الجبري عموما.

فاذا كانت دراسة التنفيذ الجبري عموما يمكن ان تتم من خلال تقسيم
يعتمد على التأكد من وجود الحق في التنفيذ أولا، فاذا ما توافر هذا الحق
لمكن تناول الاجراءات التنفيذية اللازمة لاجتناء ثمرته، فان دراسة الاخلاء
الجبري كصورة من صور التنفيذ الجبري عموما يمكن ان تتم بالتتابع نفس
الخطة. وعليه سوف تجرى خطتنا في دراسة الاخلاء الجبري في قانون
المرافعات على تقسيم البحث الى بابين:

الباب الأول: الحق في الاخلاء الجبري.

الباب الثاني: النظام الاجرائي للاخلاء الجبري.

الباب الأول الحق فى الاخلاء الجبرى

٩- تمهيد وتقسيم:

لا يكفى لنشأة الحق فى الاخلاء الجبرى أن يتوافر الحق الموضوعى فى الاخلاء. فالاخلاء الجبرى كغيره من طرق التنفيذ لا يجوز اجراؤه بغير سند تنفيذى. فهذا الأخير مفترض ضرورى للتنفيذ الجبرى^(١)، لئلا كان. ويشور بهذه المناسبة التساؤل الآتى: لقد عدت المادة ٢٨٠ مرافعات السندات التنفيذية بصفة عامة، فهل يصلح لئلا منها للاخلاء الجبرى؟ سوف يتضح لنا من خلال الدراسة أن الاخلاء الجبرى وإن كان يمكن أن ينشأ الحق فيه من الناحية النظرية من توافر أى سند من السندات التنفيذية، إلا أنه من الناحية الفعلية هناك سندات تنفيذية لا يتصور أن تتضمن إلزاما باخلاء مما يقبل الاقتضاء الجبرى. دراسة الحق فى الاخلاء الجبرى يجب أن تبدأ إذن بدراسة سند الاخلاء.

على أن وجود الحق فى الاخلاء الجبرى لا يعنى بالضرورة أن المدين قد أصبح مغلوبا على أمره لا محالة وأنه لا مندوحة من التنفيذ. فقد حرص المشرع على إتاحة بعض السبل التى يمكن من خلالها توقى التنفيذ رغم نشأة الحق فيه ولو الى حين، فهناك من سندات الاخلاء ما يقبل درء تنفيذه اذا زال المنفذ ضده سبب المخالفة التى استوجبت الاخلاء. وبجانب درء التنفيذ هنا - وهو وضع دائم - فإن وقف التنفيذ يعد هو الآخر وسيلة - وإن كانت

(١) انظر: د. فتحي والى، المرجع السابق، بند ١٨.

مؤقتة ولكنها فى الوقت نفسه عامة - لتوقى الاخلاء الجبرى لبعض الوقت. توقى الاخلاء الجبرى من خلال هاتين الوسيطتين هو إذن الموضوع الواجب دراسته بعد السند للتنفيذى.

والحق فى الاخلاء الجبرى لا يتصور وجوده بغير محل. لذلك يجب أن تكون لنا إطلاعة على محل الاخلاء الجبرى.

وأخيرا فالحق فى الاخلاء الجبرى - كأي حق إجرائى - له أطراف يجب تحديدهم.

وهكذا سيكون بحثنا فى هذا الباب المخصص للحق فى الاخلاء الجبرى مقسما إلى الفصول الثلاثة الآتية:

الفصل الأول: سندات الاخلاء التنفيذية.

الفصل الثانى: توقى الاخلاء الجبرى.

الفصل الثالث: محل الاخلاء الجبرى وأطرافه.

الفصل الاول سندات الاخلاء التنفيذية

١٠- طرح المشكلة:

ليس خافيا ما يرتبه التنفيذ الجبرى من آثار وخيمة على أموال المدين وسمعته ومركزه عموما القانونى أو الواقعى. فاذا انتقلنا من التعميم الى حيز التخصيص فان التنفيذ الجبرى ممثلا فى الاخلاء من عين يعنى اخراج واضع اليد منها، وكذلك اخراج متعلقاته ولو بوضعها على قارعة الطريق. وقد تكون هذه العين سكنا للمنفذ ضده واسرته، مما يعنى أن التنفيذ - فى ظل زمن تشدد فيه أزمة الاسكان - تشريد مأساوى.

لذلك فإن القانون لا يسمح بإجراء التنفيذ الجبرى إلا بناء على سند تنفيذى من بين تلك التى عددها. فالسند التنفيذى هو المصدر الوحيد للحق فى التنفيذ. ولقد كان تحديد المشرع للسندات التنفيذية مبنيا على أنها وحدها التى تتضمن تأكيداً قانونيا لوجود الحق أو على الأقل احتمالا قويا لوجوده، الأمر الذى يبرر تحريك سلطة التنفيذ فى الدولة لتكتضى للدائن حقه رغما عن إرادة خصمه.

ولم يكتف القانون بذلك، وإنما قيد الحق فى استعمال السند التنفيذى بضرورة توافر شروط معينة فى الحق المطلوب اقتضائه، وإن يشهد السند التنفيذى بذاته على توافرها، وأن يأخذ السند التنفيذى شكلا معيناً يسمى الصورة التنفيذية.

ولقد جسدت المادة ٢٨٠ مرافعات مصرى كل ما سبق حين جرت عباراتها على النحو التالى: "لا يجوز التنفيذ الجبرى إلا بسند تنفيذى اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء. والسندات التنفيذية هى الأحكام والأوامر والمحركات الموثقة ومحاضر الصلح التى تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة. ولا يجوز التنفيذ فى غير الأحوال المستثناة بنص فى القانون إلا بموجب صورة من السند التنفيذى عليها صيغة التنفيذ ...". كما أن المشرع الفرنسى قد رسم هو الآخر تنظيمًا متشابهًا فى هذا الصدد^(٢).

١١ - والسؤال الذى يطرح نفسه الآن على بساط البحث هو الآتى: إلى أى مدى يمكن أن يصدق التصور السابق فى مجال الاخلاء الجبرى؟ ويعبارة أخرى، هل يمكن لأى من السندات التنفيذية المختلفة التى اعترفت

(٢) لقانون ٩ يوليو ١٩٩١ رقم ٩١ - ٦٥٠ والمتعلق بإصلاح اجراءات التنفيذ يشترط فى مادته الثانية أن يكون بيد الدائن سندًا تنفيذيًا يشهد على دين معين المقدار وحال الأداء.

Un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible.

حتى يمكنه اقتضائه جبراً.

كما أنه يحدد فى مادته الثالثة السندات التنفيذية على سبيل الحصر بأنها: الأحكام والأوامر القضائية الصادرة عن القضاء العادى أو الإدارى عندما تحوز القوة التنفيذية، والسندات والأحكام الأجنبية وكذلك أحكام المحكمين التى حازت القوة التنفيذية، ومحاضر الصلح، والمحركات الموثقة التى أخذت الصيغة التنفيذية، والسند المسلم بواسطة محضر العدالة huissier de justice فى حالة عدم الوفاء بشيك، والسندات المسلمة بواسطة أشخاص القانون العام، والقرارات التى يلحق بها القانون آثار الحكم القضائى.

Decision auxquelles la loi attache les effets d'un jugement.

بها المادة ٢٨٠ مرفعات أن تشكل أساسا لاتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى بالأخلاء.

لواقع أنه لا يوجد نى التنظيم القانونى للتنفيذ الجبرى فى مصر ما يوجب الاتسار بالتنفيذ فى مجال معين على سبيل تنفيذى معين دون غيره. ولما كانت القاعدة فى التفسير هى أن المطلق يقضى على إطلاقه والعام على خصوصه ما لم يرد نص يقيد فى هذا الإطلاق أو يخصص من ذلك العموم، فإن أى سبيل من السبلات المنصوص عليها فى المادة ٢٨٠ مرفعات يصلح من حيث المبدأ لى يكون مصدرا للحق فى التنفيذ الجبرى بالأخلاء، وذلك على خلاف الحال فى القانون الفرنسى حيث يوجد نص خاص (١).

(٢) فوفقا للمادة ٦١ من قانون ٩١ - ٦٥٠ سابق الإشارة إليه، فإنه لا يجوز الاخلاء من المساكن أو المكان المسمى إلا بمقتضى قرار قضائى أو محضر صلح.

"... l'expulsion ou l'évacuation d'un immeuble ou d'un lieu habité ne peut être poursuivie qu'en vertu d'une décision de justice ou d'un procès-verbal de conciliation exécutoire".

مصحح أن الفقه يعطى لمصطلح القرار القضائى une decision de justice الواردة فى هذه المادة معنى واسعا بحيث ينطبق على أحكام القضاء القامسى أيضا كان هذا القضاء عاديا كان أم اداريا، موضوعيا كان أم مستعجلا بل وكذلك على أحكام القضاء الأجنبى ما دامت قد أخذت أمرا بالتنفيذ ومصحح أنه يعطى أيضا لمصطلح محضر الصلح un procès-verbal de conciliation معنى واسعا بحيث ينطبق بصرف النظر عن أصل النزاع الذى أدى إلى تحرير هذا المحضر ولو كان مسألة الطلاق مثلا، إلا أن إيجاد المشرع لهذا النص فى موضوع الاخلاء يعنى إرادة استبعاد السبلات التنفيذية الأخرى التى أشارت إليها المادة ٢ من القانون المذكور ولتى تعدد السبلات التنفيذية عموما، وبناء عليه لا يجوز الاخلاء من عقار أو مكان مسكون فى فرنسا بناء على محضر موثق مثلا.

ولا يؤثر على المبدأ السابق ما تنص عليه المادة ٦١ سابقة الذكر من أن نص الإخلاء على التوارى القضائى أو محضر الصلح مشروط بعدم وجود نص خاص به حيث أنها قد استعملت بمعبرة "Sauf disposition speciale" فإراى هناك أنه لا يوجد مثالى يسمح للقارئ بأن يكون فكرة محددة عن النص من التفسير الذى يراه المفسر. بل ما هناك أن نص الحكومة قد أشار - عند عرض

على أن هذا التصور وإن أصاب من حيث الأصل، إلا أنه من الناحية الفعلية لن يصدق في إطلاقه. فلسبب أو لآخر سوف تستبعد من نطاق الإخلاء في مصر بعض السندات التنفيذية بحيث لا يبقى صالحا في هذا المجال سوى الأحكام القضائية ومحاضر الصلح. وفي نفس الوقت سوف يضاف الى ذلك سندات أخرى اعطاها القانون صفة السند التنفيذي في مجال الاخلاء، مثل أوامر النيابة العامة وبعض القرارات الادارية.

١٢- ومتى سنفرغ من تحديد السندات التنفيذية التي تصلح للاخلاء الجبرى بعد استبعاد تلك التي لا تصلح لذلك، فإن مشكلة أخرى قد تطرح نفسها على بساط الحق في الاخلاء. هذه المشكلة تتمثل في الفرض الذى يعود فيه المنفذ ضده الى شغل العين التي تم اخلاؤه منها ودون أن يستند في ذلك الى حق قانوني. ولا شك في أن للدائن الحق في اخلائه ثانية، ولكن هل يستطيع الدائن ذلك جبرا من خلال سند الاخلاء الذى اعطاه الحق في الاخلاء الجبرى أول مرة أم لابد من الحصول على سند جديد؟ دراسة الحق في الاخلاء الجبرى تقتضى إذن التعرض للسند التنفيذي اللازم لمعاودة الاخلاء.

= مشروع القانون أمام البرلمان - إلى أن الفرض المعنى هو القرار الإداري الذي يفيد بوجود حالة خطر "arrete de peril" تستدعى الاخلاء الفوري. انظر في كل ما سبق؛

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 7 et s.

ورغم ذلك يجدر التنبيه بأنه إذا كان يبدو من جماع ما تقدم أن المشرعين المصري والفرنسي لا يعالجان المسألة على وتيرة واحدة، إلا أنه من الناحية العملية سوف نجد أن نواحي الاختلاف بينهما ضيقة للغاية، إن لم نقل أنها منعدمة. وسوف يتضح لنا ذلك حالا في المتن.

وهكذا سينصب بحثنا في هذا الفصل على دراسة المسائل الآتية كل في

مبحث مستقل:

المبحث الأول: استبعاد بعض السندات التنفيذية من مجال الاخلاء.

المبحث الثاني: سندات تنفيذية تصلح للاخلاء.

المبحث الثالث: السند التنفيذي عند تكرار الاخلاء.

المبحث الأول

استبعاد بعض السندات التنفيذية من مجال الاخلاء

١٣- تمهيد:

نبدأ ونذكر بأن نقطة الانطلاق التي يجب الرحيل منها لمعرفة السندات التي تستبعد من نطاق الاخلاء لا تتحدد في مصر من خلال قاعدة تشريعية خاصة تعين سندات الاخلاء تعيينا حصريا. ولكن من ناحية اخرى، فانه يجب أن نضع موضعا متقدما في الذهن أن توافر السند التنفيذي وإنشأ الحق في التنفيذ إلا أنه لا يسمح بذاته باستعمال هذا الحق. فذات الحق الذي يجرى التنفيذ اقتضاء له يجب ان يستجمع عدة شروط هي أن يكون محقق الوجود ومعين المقدار وحال الاداء، كما يجب ان يشهد السند التنفيذي ذاته على توافرها^(٤). والواقع من الأمر أنه في مجال الاخلاء نجد ان تخلف هذه

(٤) لذلك فهذه الشروط تعد شروطا موضوعية أيضا في السند التنفيذي، وذلك بالمقابلة لشرط شكلي يتعلق به هو الآخر وهو أن يكون السند عليه الصيغة التنفيذية، أي أن يأخذ شكل الصورة التنفيذية. على أننا نستبعد هذا الشرط الشكلي من مجال بحثنا لأنه إن يكون المعمول في استبعاد بعض السندات من مجال التنفيذ الجبري. بعبارة أخرى فنحن نفترض توافره دائما.

الشروط عادة في بعض السندات التنفيذية مثل المحررات الموثقة يجعل هذه الأخيرة مستبعدة من هذا المجال.

هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية فإن طبيعة الاخلاء كجزاء خطير على مخالفة قاعدة قانونية تستتبع ألا يكون هذا الجزاء محلا لبعض السندات التنفيذية مثل الاوامر على عرائض أو احكام المحكمين.

وهكذا يتضح لنا ابتداء ان هناك في نظرية التنفيذ ما يحول أحيانا دون نشوء سند تنفيذي بالاخلاء، أو دون نشوء الحق في استعماله. على أن نطاق التسليم بذلك وسند شرعيته يحتاج الى مزيد من الايضاح.

المطلب الأول

سندات تنفيذية لا تتوافر فيها شروط

الاقتضاء الجبرى للحق فى الاخلاء

(المحررات الموثقة)

١٤- تعتبر المحررات الموثقة من بين السندات التنفيذية التى تذكرها المادة ٢٨٠ مرافعات عموماً^(٥). وهى من السندات واجبة التنفيذ بذاتها بغير حاجة الى دعوى واستصدار حكم بالحق الثابت فيها^(٦). وقد يتم ابرام ايجار سكن فى عقد موثق ويتفق فيه على اخلاء المستأجر اذا اخل بأحد بنود العقد كالبند الخاص بالوفاء با لاجرة مثلاً، ثم يحدث أن يقع بالفعل هذا الاخلاء، ويثور التساؤل عما اذا كان يمكن أن نتصور تنفيذا جبرياً صحيحاً بمقتضى هذا العقد أم لا^(٧).

١٥- ليس من الصعب أن نلاحظ فى هذا الصدد انه اذا كان هذا التصور مقبولاً من الناحية النظرية، الا أنه عادة - ان لم يكن دائماً- ما يصطدم بعقبات عملية من العسير تجاوزها. لذا نلاحظ ان شرط تحقق الوجود وهو

(٥) انظر فى المقصود بهذه المحررات والتمييز بينها وبين ما يختلط بها من المحررات الرسمية الأخرى أو المحررات المسجلة أو المصدق على تاريخها أو على التوقيع الثابت فيها: المراجع العامة فى التنفيذ، ومن بينها للمؤلف، قانون التنفيذ الجبرى، ١٩٩١، ص ٩١ وما بعدها.

(٦) د. أبو الوفاء، المرجع السابق، بند ٩٢، د. نبيل عمر، المرجع السابق، بند ٦٣.
(٧) انظر فى أن القانون الإيطالى يتطلب أن يكون محل الالتزام فى المحرر الموثق مبلغاً من النقود: د. وجدى راعب، المرجع السابق، ص ١٢١ هامش (١). - ويترتب على ذلك - فى رأينا - استبعاد المحررات الموثقة عند المشرع الايطالى من مجال الاخلاء الجبرى بطبيعة الحال.

الواجب توافره فى الحق الذى يجرى التنفيذ لاقتضائه - أى الاخلاء - لا يتوافر عادة فى عقد الايجار الموثق.

ذلك لأن الحق يكون محقق الوجود عندما يكون وجوده مؤكدا غير متنازع فيه^(٨). وهو لا يكون كذلك اذا كانت المخالفة الموجبة لجزاء الاخلاء متنازعا على وقوعها^(٩). وهذا ما يحدث من جانب المستأجر عادة. فعقد الايجار الموثق وإن أكد وجود الحق فى الاخلاء عند حدوث اخلال الا انه لم يؤكد وجود هذا الاخلال فى الواقع وينعدم بالتالى شرط من الشروط الواجب توافرها - وهو شرط تحقق الوجود - فى السند التنفيذى لجواز التنفيذ بموجبها^(١٠)، وهو انعدام السند التنفيذى ذاته^(١١).

(٨) د. أبو الوفاء، المرجع السابق، بند ١٠٧، د. أحمد همدى، التنفيذ الجبرى، ١٩٩٢، بند ١٧.

(٩) قارب: د. أبو الوفاء، المرجع السابق، بند ١٠٧، حيث يعتبر شرط تحقق الوجود منقيا وبالتالي لا يجوز التنفيذ بمقتضى عقد رسمى لاستيفاء مبلغ كرهه شرط جزائى وارد فيه إذا كانت المخالفة الموجبة للجزاء متنازعا على وقوعها أو على قدر ما وقع منها.

(١٠) قارب: مستعمل مصر جلسة ١٩/١٠/١٩٣٥ - المحاماه - السنة ١٦ ص ٢١١ (مشار إليه لدى: د. محمد إبراهيم، أصول التنفيذ الجبرى على ضوء المنهج القضائى، ١٩٨٣، دار الفكر العربى، ص ٤٤)، حيث قضى بأن التعويضات المنصوص عليها فى عقد الايجار الرسمى لا يجوز التنفيذ بها بواسطة العقد ولو كان التعويض مؤيدا بقرار خبير ومنصوص فى العقد على أن التعويض يقرره الخبير بغير تصديق المحكمة. إذ أنه لا يؤخذ بقرار الخبير دون أن يطرح على المحكمة لمناقشة ومغزفة ما إذا كان المدعى مستحقا تعويضا أم لا، ومقدار هذا التعويض .. ومن ثم يكون دين المدعى غير محقق الوجود ولا معلوم المقدار.

(١١) قارب: نقض مننى ١٥/٣/١٩٧٨ مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٩ ج ١ الطعن رقم ٣٤٣ ص ٤٤ ق. ص ٧٤٦ إلى ٧٥٠ (مشار إليه لدى: د. محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٧ هلمش ١) وفيه قررت محكمة النقض أنه إذا كان الحق المحجوز وفاء له غير محقق الوجود فإنه يتخلف بذلك السند التنفيذى لاقتضائه.

١٦- على أن هذا الاعتبار العملى الذى يتينا عليه انعدام المحرر الموثق كسند للاخلاء، لا يعنى أنه يشكل دائما عقبة كأداء. فالمقرر (١٢) أنه اذا نازع المدين فى الحق فلا يمكن أن تكون له الكلمة الاخيرة فى هذا الشأن، وانما يجب أن يكون نزاعه جديا يثير الشك فى وجود الحق، ولا يكون النزاع جديا اذا كان بيد الدائن الدليل الحاضر عليه. على أن هذا الدليل يجب ان يصلح لى يكون مكملا للسند التنفيذى - وهو فى حالتنا هذه المحرر الموثق - بأن يكون سنداً تنفيذياً هو الآخر أو حتى سنداً عرفياً. على انه يجب فى هذه الحالة الاخيرة ان يكون السند الاصلى قد تضمن اشارة واضحة بالنسبة للسند المكمل وأن تكون هذه الاشارة فى وقت التكوين (١٣).

وليس بمستغرب من الناحية العملية أن يتواجد عقد ايجار موثق يلزم المستأجر بالاخلاء عند عدم الوفاء بالاجرة أو تأجير المكان من الباطن أو استعماله بطريقة تخالف شروط الايجار المعقولة أو بطريقة ضارة بالصحة أو مقلقة للراحة أو منافية للأداب، ثم يحدث ان يتوافر سبب من هذه الاسباب المنشأة للحق فى الاخلاء ويحصل المؤجر على حكم قضائى بوقوع المخالفة، كان يحصل على حكم نهائى باثبات عدم الوفاء بالاجرة أو حتى بوجوب الوفاء بها، أو باثبات استعمال المستأجر للمكان بطريقة ضارة. فى مثل هذه الاحوال سوف يكون الحكم النهائى المثبت لوقوع المخالفة مانعا من إثارة الشك حول وجود الحق فى الاخلاء. وهنا فقط يمكن القول - فى ظل هذه الظروف

(١٢) انظر: د. أبو الوفاء، المرجع السابق، بند ١٠٧.

(١٣) انظر فى ضرورة عدم التقييد بـ "ملاية" السند وانه يجوز أن يكمل السند بمسند آخر وفق شروط: د. محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها.

وبالاستناد إلى فكرة السند المكمل - بأن المحرر الموثق يصلح لكي يكون
سندا لإخلاء المستأجر بالقوة الجبرية.

المطلب الثاني

سندات تنفيذية لا تتضمن أصلا الالتزام بإخلاء

§ ١ - الأوامر على عرائض:

١٧ - بجانب الأعمال القضائية التي يباشرها القضاء من خلال
"الأحكام" القضائية عادة، فإن الحماية القضائية قد تتم مباشرتها أيضا في
صورة أعمال ولاتية من خلال "الأوامر على عرائض" عادة^(١٤). وقد ذكرت
المادة ٢٨٠ مرافعات "الأوامر" من بين السندات التنفيذية^(١٥). ولكن هل معنى
ذلك أنه من المتصور أن الأمر على عريضة يصلح قانونا لكي يكون سندا
تنفيذيا لإخلاء العين من شاغلها؟

(١٤) ليس هنا - بالطبع - مكان المعالجة التفصيلية أو حتى المختصرة للنظام الإجرائي
للأوامر على عرائض فمحل ذلك هو المراجع للعلمة والمتخصصة. انظر في ذلك
على سبيل المثال: د. فتحى والى، الوسيط في قانون للقضاء المدني، ١٩٩٣، دار
النهضة العربية، بند ٨١٤ وما يليه، ص ٨٥٠ وما يليها، د. نبيل عمر، الأوامر
على عرائض، ١٩٨٨، منشأة المعارف.

(١٥) والاتفاق على أن اصطلاح "الأوامر" للوارد في هذه المادة ينطبق ليس فقط على
الأوامر على عرائض وإنما أيضا على أوامر الأداء. على أننا لن نطرح مشكلة
مدى صلاحية الأوامر لكي تكون سندات تنفيذية بالإخلاء إلا بالنسبة لتلك التي على
عرائض فقط. أما أوامر الأداء - والتي نظمها المشرع في المولد ٢٠١ إلى ٢١٠
مرافعات - فإن محلها يقتصر على حق لتوفير فيه شروط بعينها منها أن يكون
مبلغا من النقود أو متفولا معينا بذاته أو بنوعه ومقداره، وبالتالي لا تثار أدنى
شبهة في أنها لا يمكن قانونا أن تكون سندا لإخلاء مكان.

١٨- الواقع أن نظام الاوامر على عرائض بمقوماته التى حددها المشرع ليس بقادر على ان يولد سندا تنفيذيا بالأخلاء. فوفقا للمادة ١٩٤ مرافعات^(١٦) يجوز استصدار أمر على عريضة فقط فى الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجه فى استصدار أمر...". وهذه الاحوال قد وردت فى نصوص متفرقة سواء فى مجموعة المرافعات، أو فى غيرها. ومن أمثلتها الأمر بانقاص ميعاد التكليف بالحضور، والأمر باجراء الاعلان أو التنفيذ فى غير الاوقات الجائز الاعلان أو التنفيذ فيها، والأمر بتوقيع حجز تحفظى. المهم أن الاخلاء ليس من بين هذه الاحوال. وباعتبار أن نظام الاوامر على عرائض يعد استثناء فى مجال الحصول على الحماية القضائية والتى تتم أصلا فى صورة اعمال قضائية تباشر من خلال "الأحكام"، فإن تطبيقه سيقترن على الحالات التى ورد بها نص خاص، مما يعنى استبعاد الاخلاء من هذا المجال. فاذا فرض أن قدمت عريضة لاستصدار أمر عليها باخلاء المستأجر مثلا من العين المؤجرة لعدم الوفاء بالاجرة فإن مصيرها المؤكد وفق صحيح القانون هو الرفض. واذا كان يكفى فى اعتماد هذه النتيجة الاستناد الى أن الاخلاء ليس من الاحوال التى ينص فيها القانون على امكان استصدار أمر على عريضة، فانه يمكن أن نضيف الى ذلك أيضا أن الاوامر على عرائض باعتبارها عملا ولائيا فهو لا يفترض خصمين^(١٧)، بينما الاخلاء يتطلبهما قطعا. ولذلك فحتى لو كانت حالات استصدار الأوامر على العرائض ليست محددة - كما كان حال مجموعة المرافعات قبل تعديلها

(١٦) والمعدلة بالقانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٩٢.

(١٧) انظر فى ذلك: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ١٧ ص ٣٩.

الاخير - فانه لن يتوافر المبرر الذى يمكن أن يدخل الاخلاء تحت مظلة نظام
الأوامر على عرائض^(١٨).

٤ ٢ - احكام المحكمين:

١٩- تعتبر احكام المحكمين من بين السندات التنفيذية التى عدتها المادة
٢٨٠ مرافعات. فتعبير "الاحكام" الوارد فى هذه المادة من العموم بحيث انه
كما ينصرف بالطبع الى احكام القضاء العام فانه ينصرف ايضا الى احكام
المحكمين^(١٩). كل ما هنالك ان حكم المحكم لا يعتبر سنداً تنفيذياً الا بصدر
أمر من القضاء يعطيه هذه القوة يسمى أمر التنفيذ^(٢٠).

ولذلك يبدو لنا طبيعياً أن نتساءل: هل يصح الاخلاء بمقتضى سند تنفيذى
هو عبارة عن حكم محكم^(٢١)؟

(١٨) على أنه إذا حدث واسنحت السلطة فى اصدار الأوامر على عرائض لمصدر أمر
على عريضة بالاخلاء فبأنه سيكون باطلاً. ولكن إلى أن يحكم بإبطاله سوف
يكون سنداً تنفيذياً خاصة وأن الأمر على عريضة يصدر مشمولاً بالنفاذ المعجل
وبقوة القانون (مادة ٢٨٨ مرافعات). على أن ما سيخفف من حدة المشكلة -
على فرض وقوعها وهو ما لم يحدث حسب علمنا - أنه يمكن للمنفذ ضده أن
يوقف التنفيذ بمجرد تقديمه لطلب بوقفه استناداً إلى المادة ٣١٢ مرافعات. أنظر
فى نظام وقف التنفيذ فى مواد الاخلاء، ما يلى بند ٦٠ وما يلىه.

(١٩) أنظر فى دراسة تفصيلية للتحكيم، د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختيارى
والاجبارى، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، منشأة المعارف.

(٢٠) فالمادة ٩٠٥ من قانون المرافعات تنص على أنه "لا يكون حكم المحكمين قابلاً
للتنفيذ إلا بأمر يصدره قاضى التنفيذ....".

(٢١) تجدر الإشارة إلى أن التحكيم فى مصر - فى الأصل - على نوعين اختياري
واجبارى. وللتحكيم الاجبارى هو تحكيم منازعات القطاع العام ونظمه القانون
رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ وللخاص بهيئات القطاع العام وشركاته، وذلك فى المواد
من ٥٦ إلى ٦٩ منه. ولكن بصدر القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن شركات
قطاع الأعمال انتهى كل وجود لنظام التحكيم الاجبارى فى منازعات القطاع العام
(عدا الطلبات التى قدمت قبل تاريخ العمل بهذا القانون). أنظر فى أثر قانون قطاع

٢٠- يبدو لنا أن نقطة الانطلاق التي يجب الرجول منها للججابة التي يجب اعطاؤها لهذا التساؤل تتحدد من خلال قاعدة أن حكم المحكم ليس له وحده قوة تنفيذية وأنه لا يعتبر سنداً تنفيذياً الا بصدر أمر بتنفيذه. هذا الأمر بالتنفيذ، كما تقول المادة ٥٠٩ مرافعات يصدره قاضى التنفيذ بالمحكمة التي أودع أصل الحكم قلم كتابها بناء على طلب أى من ذوى الشأن، وذلك بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم وبعد التثبت من أنه لا يوجد ما يمنع من تنفيذه.

فاذا تمت مراعاة هذه القاعدة على نحو سليم، فإن النتيجة الحتمية لذلك هى أن حكم المحكم لن يستكمل مقومات السند التنفيذى فى معظم الاحوال، لانه لن يصدر الأمر بتنفيذه. ذلك لأن مسألة الاخلاء لا تثور فى الاعم الاغلب من الحالات الا بمناسبة الاماكن المستأجرة، وهى فى هذه الظروف تعد متعلقة بالنظام العام^(٢٢). ولما كانت المادة ٤/٥٠١ مرافعات تنص على أنه

= الأعمال على انحسار تحكيم القطاع العام: د. فتحي والى، المرجع السابق، بند ٤٦٠ ص ٩٤٢ وما بعدها.

يبقى بعد ذلك التحكيم الاختيارى، وهو محل التساؤل فى إطار هذه الدراسة. وهو يعنى الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص يسمون محكمين arbitres ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به. ويكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر فى صلبه ويسمى شرط التحكيم clause compromissoire، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم، ويسمى فى هذه الحالة مشارطة التحكيم Compromis.* أنظر فى هذا التعريف: د. أبو الوفا، المرجع السابق، بند ١.

(٢٢) د. أبو الوفا، التعليقات على قانون إيجار الأماكن، سابق الإشارة إليه، ص ٣٢٦. ومما يؤيد ذلك نص المادة ٢٥ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ (والذى نظم أسباب الاخلاء) والتي تقضى ببطلان كل شرط أو تعاهد يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو القوانين السابقة له للمنظمة للعلاقة بين المالك والمستأجر. وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد الاستثنائية المقررة فى قوانين الإيجار =

.. لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح.. وكثت المادة ٥٥١ مدنى تتولى بيان هذه الاحوال التى لا يجوز فيها الصلح وتذكر من بينها تلك المتعلقة بالنظام العام^(٢٣)، فان حاصل ما تقدم هو أنه لا يجوز التحكيم فى المنازعة المتعلقة بتنفيذ أو فسخ عقد إيجار الاماكن وبالتالي لا يجوز الاعتراف بحكم محكم يقضى بالاخلاء. فاذا فرض وتم الاتفاق على التحكيم وصدر بالفعل حكم محكم قضى بالاخلاء، فان فرصة حصوله على أمر بالتنفيذ تكاد تكون معدومة. اذ أن قاضى التنفيذ المنوط به اصدار هذا الأمر سوف يتمتع عن اصداره نظرا لأن هناك ما يمنع اصداره وهو وجود سبب من اسباب الابطال. اذ أن التحكيم قد انصب على مسألة لا يجوز فيها الصلح وبالتالي التحكيم. فلأن حكم المحكم ايا كان محله لا يكون سنداً تنفيذياً الا بعد حصوله على أمر بالتنفيذ، فان حكم المحكم بالاخلاء لن يحصل وفقاً لصحيح تطبيق القانون على هذا الأمر، ولن يستجمع بالتالى مقومات السند التنفيذى^(٢٤).

= المتعالية متعلقة بالنظام العام. أنظر فى بعض الأحكام التى صدرت عنها فى هذا الصدد مذكورة لدى: د. أبو الوفا، نفس المرجع، ص ٧٨.

(٢٣) ويجرى نص المادة ٥٥١ مدنى كما يلى: "لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام. ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية، أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم".

(٢٤) ومما يعين على عدم إصدار أمر بالتنفيذ فى هذه الظروف أن البطلان الذى يمنع من اصدار أمر التنفيذ هنا إنما هو مقرر للمصلحة العامة، وبالتالي لا يشترط للاعتداد به أن يتمسك به أحد الخصوم، وإنما يمكن - بل يجب - أن يتمسك به القاضى من تلقاء نفسه، خاصة وأنه يمكن اكتشافه من مجرد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم واللذان يكونان دائماً مودعين لدى قلم كتاب المحكمة.

٢٩- على أنه يبقى لنا على هذا التخريج تحفظان:

الأول هو أنه إذا فرض وصدر أمر بتنفيذ حكم محكم بالاخلاء من المكان المستأجر، فسوف نكون امام سند تنفيذي يلتزم المحضر بتنفيذه اذا كان بيد المؤجر الصورة التنفيذية له. صحيح ان هذا السند قابل للإلغاء من خلال دعوى البطلان المنصوص عليها في المادة ٥١٢ مرافعات^(٢٥)، الا أنه ليس لسلطة التنفيذ التعرض لحجية حكم المحكم - وهو حكم على أية حال - وليس لها الامتناع عن تنفيذه ما دام أنه قد استجمع مقومات السند التنفيذي. اذ لا يجب أن يغيب عن البال قاعدة ان السند التنفيذي مفترض ضروري وكاف للتنفيذ الجبري^(٢٦). على أنه مما يثقل من الآثار الوخيمة للتنفيذ القابل للإبطال في هذه الحالة ان "يترتب على رفع الدعوى ببطلان حكم المحكمين وقف تنفيذه..." (مادة ٣/٥١٣ مرافعات).

أما التحفظ الثاني فهو يفترض أن حكم المحكم قد صدر باخلاء من مكان وكان التحكيم جائزا لعدم تعلقه بالنظام العام، كما لو صدر مثلاً باخلاء من أرض فضاء. في هذه الحالة - وعلى فرض توافر باقي الشروط - فإنه لا مانع من اصدار أمر بالتنفيذ، ويكون التنفيذ المستند الى صورة تنفيذية من حكم المحكم - والذي صدر أمر بتنفيذه - صحيحا.

(٢٥) والتي تذكر مخالفة الفقرة الرابعة من المادة ٥٠١ (وهي الخاصة بعدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح) كحالة من الحالات التي يجوز فيها طلب بطلان حكم المحكمين.

(٢٦) انظر في هذه القاعدة، د. فتحي والي، التنفيذ الجبري، سابق الإشارة إليه، بند ١٨.

§ ٣- محاضر الصلح التي تصدق عليها مجالس الصلح:

٢٢- تعتبر هذه المحاضر ضمن السندات التنفيذية التي عدتها المادة ٢٨٠ مرافعات. كما اكدت نفس المعنى ايضا المادة ٦٤ والتي تكفلت برسم حدود اختصاص مجالس الصلح وتشكيلها وبيان أنه اذا تم الصلح "أعد بذلك محضرا تكون له قوة السندات واجبة التنفيذ". وقد يوحى ذلك لأول وهلة بأنه من الجائز أن يجرى تنفيذ باخلاء ابتداء من سند تنفيذى هو محضر صلح مصدق عليه من مجلس صلح.

٢٣- على أنه يجب أن نسارع الى تبديد هذا الوهم وذلك بالاستناد الى حجتين قد يكفى توافر إحداهما.

أما الحجة الاولى فتتمثل فى أنه لم يصدر بعد القرار اللازم لإدخال النصوص الخاصة بمجالس الصلح حيز التنفيذ، ولذلك لم يعمل بها حتى الآن (٣٧).

وأما الحجة الثانية فتتمثل فى انه حتى بعد ان توضع مجالس الصلح موضع التنفيذ، فإن مسألة الاخلاء سوف تكون فى الاعم الاغلب من الاحوال مستبعدة عن هذه المجالس. ذلك لأن اختصاص هذه المجالس محدود بالدعاوى الجزئية، بل أنه حتى بالنسبة لهذه الدعاوى فإن الاختصاص لا يتناول منها تلك التي لا يجوز فيها الصلح والدعاوى المستعجلة (٣٨). مثل هذا الاختصاص

(٢٧) فوقا للقرار الجمهورى رقم ١١٧٣ لسنة ١٩٦٨ بتنظيم مجالس الصلح يكون تشكيل مجالس الصلح بقرار من وزير العدل، إلا أنه لم تصدر أية قرارات بذلك حتى الآن.

(٢٨) بالإضافة إلى منازعات التنفيذ والطلبات الخاصة بأوامر الأداء. انظر فى حدود اختصاص هذه المجالس المادة ١/٦٤ مرافعات.

لا يتمشى مع دعاوى الاخلاء. فهي من ناحية تعد غير مقدرة القيمة وبالتالي ليست من الدعاوى الجزئية ولما هي من اختصاص المحاكم الابتدائية^(٢٩)، وهي من ناحية اضافية لا يجوز فيها الصلح عادة^(٣٠) وبالتالي لا تدخل في اختصاص مجالس الصلح بصريح النص. ولذلك فحتى لو كانت دعوى الاخلاء قد أخذت ثوب دعوى الطرد المستعجلة^(٣١) وتكون بالتالى من الدعاوى الجزئية - حيث أن قاضى الامور المستعجلة يعد فى مستوى المحكمة الجزئية^(٣٢) - فانها ستظل رغم ذلك خارجة عن نطاق اختصاص مجالس الصلح بصريح النص. فلأن الدعاوى الخاصة بالاخلاء اما انها من بين الدعاوى الداخلة فى اختصاص المحاكم الابتدائية واما أنها من الدعاوى التى لا يجوز فيها الصلح، واما انها من الدعاوى المستعجلة، فانها لن تعرض على مجالس الصلح على فرض وجودها وبالتالي لن يتصور فى صحيح تطبيق القانون ان يصدر محضر صلح مصدق عليه من مجلس صلح قاضيا بالاخلاء^(٣٣).

(٢٩) انظر فى أن دعوى المؤجر بإخلاء المستأجر للتخلف عن الوفاء بالأجرة هي دعوى بفسخ عقد الإيجار، والدعوى يطلب فسخ أو امتداد عقد الإيجار الخاضع لقوانين إيجار الأماكن غير مقدرة للقيمة: نقض ١٩٧٣/٢/٢٧ - ٢٤ - ٤٩٩ ونقض ١٩٧٦/٥/١٢ الطعن رقم ٣٢٩ سنة ٤١ ق ونقض ١٩٧٦/٦/٢٣ الطعن رقم ٧٥٨ سنة ٤٢ ق ونقض ١٩٧٧/٦/١ الطعن رقم ٧٤٠ سنة ٤٣ ق، وكذلك الحال بالنسبة لدعوى الاخلاء بسبب التأخير من اللباطن بغير اذن المؤجر: نقض ١٩٧/١١/١٧ الطعن رقم ٢٥٣ سنة ٤٢ ق (هذه الأحكام مشار إليها لدى: د. أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٤٢ وص ١٤٣).

(٣٠) انظر ما سبق بند ٢٠.

(٣١) انظر ما يلى بند ٢٨.

(٣٢) محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة السابعة ١٩٨٥، عالم الكتب، بند ٣٩٢.

(٣٣) اللهم إلا فى الأحوال القليلة التى يمكن أن تنشأ فيها مسألة الاخلاء بعيدا عن الأحوال التى تعالجها قوانين الإيجار الاستثنائية، كما فى حالة الأراضى الفضاء.

المبحث الثالث سندات تنفيذية تصلح للاخلاء

٢٤- تمهيد:

باستبعاد بعض السندات التنفيذية من مجال الاخلاء لسبب أو لآخر، تضيق دائرة البحث ولا يعود أمامنا سوى اثنان هما الاحكام القضائية ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم، وذلك من بين تلك التي تذكرها المادة ٢٨٠ مرافعات صراحة في تعدادها للسندات التنفيذية. وإذا كان من السهل علينا ادراك صلاحية أى من هذين السنتين كسبب للحق في الاخلاء الجبرى، فهل يعنى ذلك فى نفس الوقت ان التنفيذ بالاخلاء قاصر عليهما أم يمكن أن نجد بجانبهما سندات أخرى يعترف لها القانون ايضا بالقوة التنفيذية فى مسألة الاخلاء؟

سوف يتكشف لنا من خلال الدراسة أنه بجانب الأحكام القضائية ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم، يمكن أن توجد أيضا قرارات النيابة العامة، والقرارات الادارية، وذلك كسندات تصلح كمصدر للحق فى التنفيذ الجبرى بالاخلاء.

المطلب الأول الأحكام القضائية

٢٥- ليس فى الأمر صعوبة تحتاج الى شرح اذا قلنا بأن الأحكام القضائية هى أهم السندات التنفيذية وأكثرها شيوعا فى الحياة العملية^(٣٤). ولقد أبرز ذلك المشرع الاجرائى فى نص المادة ٢٨٠ مرافعات اذ بدأ بأول سند تنفيذى وهو "الحكم"^(٣٥).

ويشترط فى الحكم القضائى حتى يكون سنداً تنفيذياً أن يكون صادراً بالزام وأن يكون نهائياً أو مشمولاً بالنفاذ المعجل، وأن يكون صادراً فى الموضوع. كما يشترط فى الحق الثابت بالحق - حتى يمكن اقتضاؤه جبراً - أن يكون محقق الوجود حال الاداء معين المقدار. فإذا ما نحينا جانباً الشروط الأخيرة والمتعلقة بالحق المطلوب اقتضاؤه^(٣٦) وتساءلنا بعد ذلك عن مدى توافق باقى الشروط فى الأحكام القضائية التى تصدر بالأخلاء، فإن الإجابة المعطاة عادة ما تكون ايجابية.

(٣٤) فى هذا المعنى: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ١٩.

(٣٥) د. محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٣٦) وليس هنا بالطبع مكان المعالجة التفصيلية لهذه الشروط، وإنما محل ذلك هو المراجع العامة فى التنفيذ. انظر على سبيل المثال، للمؤلف، المرجع السابق، ص ١١٣ وما بعدها. والواقع انه اذا كنا نحينا جانباً الشروط الثلاثة المتعلقة بالحق المطلوب اقتضاؤه، فذلك يرجع الى انه "اذا كان التنفيذ بمقتضى حكم فالأصل ان تثبت الشروط الثلاثة.. لأن الفصل فى الخصومة يقتضى تصفية الحقوق المختلف عليها وقطع النزاع فيها" انظر فى ذلك: د. ابو الوفاء، التنفيذ، سابق الإشارة اليه، بند ١٠٧.

٢٦- فبالنسبة للشرط الاول، شرط الالتزام، فيقصد به أن يكون هناك الزام بإداء معين يتطلب الحصول عليه استعمال القوة الجبرية عند نكول المحكوم عليه عن الوفاء به اختياراً (٣٧)، فهو يتوافر في حالتنا هذه. إذ يجب ان نضع موضعاً متقدماً في الذهن أننا نفترض صدور حكم بالاخلاء، وهو ما يعنى أننا نستبعد - بالطبع - الحكم الصادر برفض دعوى الاخلاء، لكونه حكماً تقريرياً يقتصر على نفي وجود حق في الاخلاء، وبالتالي يستتفد دوره بمجرد صدوره دون أن يحتاج النفي الذي يتضمنه الى أى أداء من المحكوم عليه (المدعى) وبالتالي لا يتطلب لتحقيق الثمرة المرجوة منه الى أى استعمال للقوة الجبرية (٣٨). أما اذا كان الحكم صادراً بالاخلاء - وهو الفرض الذي ينشغل به هذا البحث - فانه وان كان يستند الى تقرير وجود الزام ثم الاخلال به مما يستتبع التعديل في رابطة الالتزام، الا انه لا يقف عند ذلك وانما يتضمن ايضا - بل ان هذا هو جوهره - الزام المدين بإداء معين هو في حالتنا اخلاء مكان معين. مثل هذا الالتزام الموجه الى المحكوم عليه ان يحقق الثمرة المرجوة منه لصالح المحكوم له الا اذا مكنا هذا الاخير من تحريك

(٣٧) انظر في اهمية هذا الوصف للتمييز بين تنفيذ الحكم ونفاذه: د. أحمد ابو الوفاء، التعليقات على نصوص قانون المرافعات، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف من ١٠٧٤ وما يليها.

(٣٨) كما أننا نستبعد ايضا الحكم الصادر بفسخ عقد الإيجار دون ان يقضى بالاخلاء. صحيح ان دعوى المؤجر باخلاء المستأجر للتخلف عن الوفاء بالاجرة أو بسبب التأخير من الباطن هي في حقيقتها دعوى بفسخ عقد الإيجار، وما الاخلاء الا نتيجة لذلك، الا أننا في اطار التنفيذ الجبرى لا ننظر الا لما قضى به الحكم. فالحكم الصادر بالفسخ وحسب هو حكم تقريرى اذا كان بناء على شرط فاسخ صريح تحقق، أو حكم انشائى اذا لم يكن يوجد هذا الشرط. وفي كل فان مجرد الحكم بالفسخ يستتبع أن يستتفد الحكم نوره بمجرد صدوره ولا يحتاج الى أداء معين من المحكوم عليه.

انظر في أن حكم الفسخ لا يصلح في ذاته سنداً لتنفيذاً للاخلاء ما دام لم يتضمن ولو ضمننا الزاماً بالاخلاء: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٢٢، د. وجدى راضى، المرجع السابق، ص ٤٩.

سلطة التنفيذ لإجبار المحكوم عليه على الاتصياح للأمر أو الالتزام الموجه إليه، بأن تستخدم هذه السلطة وسائل القوة الجبرية لتحقيق الاخلاء طالما نكل المحكوم عليه عن تحقيقه من تلقاء نفسه. ليس هناك إذن شك في حاجة الحكم الصادر بالاخلاء الى التنفيذ الجبرى^(٣٩).

٢٧- وبالنسبة للشروط الثنى، شرط استيفاء الوصف الاجرائى المطلوب، فهو يعنى أن يكون الحكم نهائيا أو مشمو لا بالنفاذ المعجل. وهو اما أنه متوافر وهنا لا تنثور مشكلة، وإما أنه لا يتوافر فى وقت معين، وهذا الغياب لا يعنى استبعاد الحكم القضائى من أن يكون سندا للاخلاء، وإنما يعنى فقط ضرورة الانتظار حتى يتم استيفاء الوصف. فالحكم الصادر بالاخلاء من القضاء المستعجل - ويسمى الاخلاء عندئذ عادة بالطرد - يستوفى بمجرد صدوره وصفا اجرائيا كافيا لى يكون سندا تنفيذيا. إذ أن مثل هذا الحكم يعد صادرا فى مادة مستعجلة وهو بالتالى يعد مشمو لا بالنفاذ المعجل بقوة القانون^(٤٠). أما الحكم الصادر بالاخلاء من القضاء الموضوعى فهو يستوفى بالطبع الوصف الاجرائى اللازم والمعتاد وهو وصف النهائية إذا كان صادرا من محكمة الدرجة الثانية، الاستئناف تحديدا^(٤١). وحتى عندما يكون الحكم صادرا من محكمة أول درجة، الابتدائية تحديدا، فقد يستوفى الوصف الاجرائى اللازم:

(٣٩) انظر فى أن الحكم بالزام المحكوم عليه باخلاء عقار يعد صورة من صور حكم

الالزام: د. وجدى راغب، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٤٠) فالمادة ٢٨٨ مراعاتت تنص على أن "النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أيا كانت للمحكمة التى اصدرتها...."

(٤١) فالحكم النهائى هو الحكم الغير قابل للطعن فيه بالاستئناف العادى. والمقرر أن احكام الاستئناف لا تقبل الاستئناف. فهذا الطريق من طرق الطعن لا يتاح الا أمام احكام محاكم الدرجة الاولى (مادة ٢١٩ مراعاتت). انظر فى المعالجة التفصيلية للأحكام التى تقبل الطعن بالاستئناف: د. نبيل عمر، الطعن بالاستئناف، ١٩٨٠، منشأة المعارف، بند ٩ وما يليه.

فقد يصدر مشمولاً بالنفاذ المعجل القضائي^(٤٢) وهو وصف اجرائي كاف، وقد يصدر انتهائياً^(٤٣) وهو ايضا - بالطبع - وصف كاف، وقد يصدر ابتدائياً غير مشمول بالنفاذ ثم يصير نهائياً - وعندها فقط يستكمل وصفه الاجرائي المطلوب - لسقوط الحق في الاستئناف (بقوات ميعاد الاستئناف^(٤٤) أو بقبول المحكوم عليه للحكم)^(٤٥) أو لسقوط الخصومة في الاستئناف^(٤٦). ولا يتبقى بعد ذلك سوى فرض وحيد هو أن يصدر حكم الاخلاء الموضوعي ابتدائياً ويظل محتفظاً بهذا الوصف لبقاء الحق في الطعن أو لبقاء خصومة الاستئناف

(٤٢) كما لو كان صادراً بتنفيذ الحكم فسخ سابق حازز لقوة الأمر المقضي، أو كان مبنيًا على اقرار المحكوم عليه بنشأة الالتزام بالاخلاء، أو كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له. ففي مثل هذه الحالات يسمح القانون (مادة ٢٩٠ (٢)، (٣)، (٦)) للمحكمة بالأمر بالنفاذ المعجل بناء على طلب. أما باقي حالات النفاذ المعجل القضائي، فعادة لا تتوافر في دعوى الاخلاء. انظر الجدل حول ما اذا كان الحكم الصادر بالفسخ - وحكم الاخلاء هو في حقيقته حكم بالفسخ - يعد مبنيًا على العقد المفسوخ أم لا، وبالتالي ما اذا كان يمكن أن يعد هذا الحكم مبنيًا على سند رسمي لم يطعن فيه بالتزوير أو على سند عرفي لم يحجده المحكوم عليه، وهما من حالات النفاذ المعجل القضائي ايضا: د. ابو الوفاء، المرجع السابق، بند ٣٧، د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٣٤، د. احمد زغلول، اصول التنفيذ، ١٩٨٦، مكتبة سيد عبد الله وهبة، بند ٤٣

ونظر في أن الحكم بالاخلاء عند انتهاء عقد الأيجار أو لفسخه يمكن أن يكون من صور حالة النفاذ المعجل للقضائي التي عبر عنها المشرع في المادة ٢٩٠ (٦)، أي حالة ما اذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له: د. وجدى راغب، المرجع السابق، ٧٩.

(٤٣) كما لو صدر في حدود الاختصاص الابتدائي للمحكمة - وهي القاعدة في حكم الاخلاء الموضوعي - الا انه كان هناك اتفاق ولو قبل رفع الدعوى على ان يكون الحكم انتهائياً. الأساس في ذلك هو نص المادة ٢/٢١٩ مرافعات.

(٤٤) انظر المادة ٢١٥ مرافعات والتي تقضى بأنه يُترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الاحكام سقوط الحق في الطعن.

(٤٥) انظر المادة ٢١١ مرافعات والتي لا تجيز الطعن - أي طعن - في الاحكام ممن قبل الحكم.

(٤٦) انظر المادة ١٣٨ مرافعات والتي تنص على أنه متى حكم بسقوط الخصومة في الاستئناف اعتبر الحكم المستأنف انتهائياً في جميع الاحوال.

بالنسبة له قائمة. فهنا، وهنا فقط، سوف يكون حكم الاخلاء غير مستكمل للوصف الاجرائي المطلوب لكي يكون سنداً تنفيذياً^(٤٧).

٢٨- وأما بالنسبة للشرط الثالث، شرط صدور الحكم في الموضوع، فنقصد بذلك أن يكون الحكم صادراً في الحقوق والمراكز القانونية موضوع الطلب القضائي وليس في المسائل الاجرائية بالمعنى الواسع والتي تشمل تلك المتعلقة بتنظيم سير الخصومة والاثبات والتحقيق وايضا المتعلقة بالدفع

(٤٧) ولسوف يظل هذا الوضع لحين صدور الحكم الاستثنائي. وعندئذ يثور التساؤل عن الحكم الذي يعد سنداً تنفيذياً في هذه الحالة، هل الحكم الصادر من محكمة أول درجة وتم تأييده - فهذا هو الفرض المطروح هنا - من محكمة الاستئناف، أم هو الحكم الصادر من هذه الأخيرة.

كما يمكن أن يثار تساؤل مشابه في الفرض الذي يكون فيه حكم أول درجة مشمولاً بالنفذ المعجل ثم يصدر بعد ذلك حكم الاستئناف بتأييده (ولم يكن حكم أول درجة قد تم تنفيذه بعد).

انظر في الاتجاهات المختلفة للاجابة على هذين التساولين وغيرهما: د. قحى والى، المرجع السابق، بند ٢٣، د. نبيل عمر، التنفيذ القضائي، سابق الإشارة اليه، بند ٣٢. والموقف الذي نتبناه نحن بصدد الفرضين الاول والثاني - وهما ما يندق الأمر بالنسبة لهما في خصوص سند الاخلاء تحديداً - هو الذي يعتد بحكم أول درجة وحده (خاصة عندما يكون مشمولاً بالنفذ المعجل) أو مع الحصول على ما يفيد تأييده. فحكم أول درجة في الحالتين كان يتضمن الزاماً بالاخلاء ولم يكن هناك حائل دون تنفيذه عندما كان مشمولاً بالنفذ المعجل، أو كان هناك ما يحول دون ذلك عندما كان ابتدائياً غير مشمول بالنفذ ولكن لم يضاف حكم الاستئناف اليه جديداً سوى ازالة هذا الحائل، خاصة اذا اقتصر حكم الاستئناف على تأكيد حكم أول درجة لأسبابه.

والواقع ان الحل الذي يعطى لهذه المسائل له شعاب من بينها تحديد الحكم الذي سيتم وضع الصيغة التنفيذية على صورته حتى يمكن الحصول على صورة تنفيذية تسمح باستعمال الحق في التنفيذ. والموقف الذي نتبناه ييسر الوصول الى حل في هذا الصدد. فحكم أول درجة عندما يكون مشمولاً بالنفذ المعجل يستتبع لمكانية الحصول على صورة تنفيذية منه حتى قبل تأييده في الاستئناف، بل ولو قبل استئنافه اصلاً. أما حكم أول درجة الصادر بالاخلاء ولم يكن مشمولاً بالنفذ ثم تأيد في الاستئناف، فان ما يجرى عليه العمل بالفعل هو التأشير عليه بما يفيد تأييده - خاصة عندما يقتصر الاستئناف على تأييده لأسبابه - ثم وضع الصيغة التنفيذية عليه وبالتالي استخراج صورة تنفيذية منه.

الاجرائية وكذلك المتعلقة بالدفع بعدم القبول^(٤٨). ولا شك في أن الحكم الصادر بالاخلاء يعد حكما صادرا في الموضوع. إذ لا يصدر هذا الحكم الا بناء على طلب قضائي موضوعي هو الاخلاء. ولا يعنى ذلك ضرورة أن يكون الطلب القضائي الصادر فيه الحكم موضوعيا بالمقابلة للطلب الوقتي أو المستعجل. فسواء كان طلب الاخلاء طلبا موضوعيا اى يستهدف الفصل في الحق في الاخلاء، أم كان طلبا مستعجلا اى يستهدف الاخلاء كإجراء وقتي ويعبر عنه عادة حينئذ بالطرد، فالحكم الصادر في كل يعد حكما صادرا في الموضوع بالمقابلة للأحكام الصادرة قبل الفصل فيه^(٤٩)، كما لا يعنى ذلك ايضا ضرورة أن يكون الحكم الصادر في الموضوع حكما منهيًا للخصومة كلها. فقد تقتصر خصومة الاخلاء على طلبه وبالتالي تنتهى هذه الخصومة بصدر الحكم بالاخلاء. وقد لا تقتصر على مسألة الاخلاء بحيث يصدر حكم فيها ولا تنتهى الخصومة رغم ذلك^(٥٠/٤٩).

(٤٨) انظر في تقسيم الاحكام الى احكام صادرة في الموضوع واحكام صادرة في المسائل الاجرائية - بالمعنى الواسع المشار اليه بالمتن - ولكن من زاوية الحجية: د. احمد زغول، اعمال القاضى التي تحوز حجية الأمر المقضى وضوابط حجيتها، ١٩٩٠، دار النهضة العربية، بند ٦١ وما يليه.

(٤٩) وهو الحل المعتمد أيضا طبقا للقانون الفرنسي. صحيح أن المادة ٦١ من قانون ٩١-٦٥ الخاص باصلاح لاجراءات التنفيذ والتي تحدد سندات الاخلاء تتكلم عن الاحكام القضائية وحسب، إلا أن الفقه لا يقصر هذا الاصطلاح على الاحكام الموضوعية فقط وإنما يجعله يتضمن أيضا الأحكام الوقتية، خاصة وأن المادة ٣١ من القانون سالف الذكر تسمح صراحة باجراء التنفيذ الجبرى - عموما - بمقتضى سند تنفيذي ذا نفاذ مؤقت. انظر في هذه المسألة:

C. LARHER-LOYER, op. cit., no 8

(٥٠/٤٩) فقد تنشأ الخصومة برفع دعوى بالزام المستأجر بدفع الأجرة المتأخرة وكذلك اخلاء العين، فيصدر حكم بالاخلاء وتظل الخصومة رغم ذلك قائمة لحين الفصل في طلب الأجرة. كذلك الشأن اذا رفعت دعوى اخلاء موضوعية وانشاء قيام خصومتها طلب الموجر الحكم بطرد المستأجر بصفة مستعجلة، فهنا يصدر حكم بالطرد - وهو اخلاء وقتي إن صح التعبير - وتظل الخصومة رغم ذلك لم تنته

وهكذا نصل الى استجماع الحكم الصادر بالاخلاء لمقومات السند التنفيذي عادة مما يجعله يكاد - على الاقل من الناحية العملية - السند الاكثر لجوءا اليه في هذه المسألة من بين تلك التي ذكرتهم المادة ٢٨٠ مرافعات صراحة.

المطلب الثاني

القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة في منازعات الحيابة

٢٩- تنص المادة ١/٤٤ مكرر مرافعات على أنه "يجب على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيابة، مدنية كانت أو جنائية، أن تصدر فيها قرارا وقتيا مسببا واجب التنفيذ فوراً...".

ويعتقضى هذا النص ولد سند تنفيذى جديد - خاصة اذا كان يصدد منازعة حيابة مدنية - يضاف الى تلك التى نص المشرع عليها صراحة فى المادة ٢/٢٨٠ مرافعات، وهو قرارات النيابة العامة فى منازعات الحيابة عندما يكون صادرا بالزام، كما لو كان صادرا بتمكين شخص من وضع يده على عقار. فطبقا لهذه المادة الأخيرة تعتبر سندات تنفيذية تلك الأوراق الأخرى - غير ما ذكره النص صراحة - التى يعطيها القانون هذه الصفة.

وقد أعطى القانون لقرارات النيابة فى منازعات الحيابة صفة السند التنفيذى وذلك بطريقة ضمنية (٥٠) حين نص على أنها "واجبة التنفيذ فوراً" (٥١) .

٣٠- ومتى سلمنا بأن قرارات النيابة الصادرة فى منازعات الحيابة تعد سندات تنفيذية، فإن السؤال الذى سرعان ما يقفز الى الذهن هو الآتى: هل يصلح مثل هذا السند كمصدر للحق فى الاخلاء الجبرى؟ بعبارة أخرى هل يصلح القرار الذى تصدره النيابة بالتطبيق للمادة ٤٤ مكرر مرافعات بتمكن شخص من وضع يده على عقار معين كمفترض ضرورى وكاف - وهى الخصيصة الاساسية للسند التنفيذى (٥٢) - لاخلاء هذا العقار؟

٣١- الواقع أن نقطة الارتكاز التى يجب أن يعتمد عليها الحل الواجب اعطاؤه لهذا السؤال هى مدى حاجة قرار النيابة الصادر فى منازعات الحيابة الى استعمال القوة الجبرية (٥٣) . فقد يكون القرار بحفظ الشكوى أو بإبقاء الحال على ما هو عليه. ومثله لا يحتاج الى تنفيذ جبرى أصلاً. وقد يكون القرار بمنع التعرض. وهنا أيضاً لا يحتاج قرار النيابة الى تنفيذ جبرى طالما أن الاعتداء على الحيابة لم يكن سوى ادعاء حيابة يتعارض مع حيابة الحائز، فعندئذ يكفى مجرد صدور القرار للفادة من ثمرته. أما اذا كان الاعتداء على

(٥٠) قارن: د. نبيل عمر، المرجع السابق، بند ٦٧ وهو يشترط لاعتبار الأوراق الأخرى سندات تنفيذية أن ينص القانون صراحة على ذلك.

(٥١) انظر: خيرى للكباش، منازعات الحيابة أمام النيابة العامة وقاضى الامور المستعجلة ١٩٩٢، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ٤٨، هامش (١) حيث يرى أن هذه العبارة تدل على أننا بصدد سند تنفيذى.

(٥٢) انظر: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ١٨.

(٥٣) انظر فى التفرقة بين التنفيذ والنفاذ، وأنه لا تثار الحاجة الى السند التنفيذى إلا للتنفيذ الجبرى: د. ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، سابق الإشارة اليه ص ١٠٧٤.

الحيازة كان ماديا ومستمرًا - كأن يكون المعتدى قد أقام بناء على الارض وأقام فيه. فأن القرار عادة يكون بمنع التعرض وإزالته. وهنا تثور الحاجة الى التنفيذ الجبرى اذا نكل الصاندر ضده الأمر عن التنفيذ الاختيارى. وقد يكون القرار بوقف الاعمال الى يقوم بها المعتدى. وهنا لا يكون قرار النيابة فى حاجة الى تنفيذ جبرى لانه لا ينطوى على الأمر بإزالة ما تم من أعمال. وقد يكون القرار بالتمكين، أى تمكين من انتزعت حيازته من استرداد حيازته. وهنا بالطبع يحتاج التنفيذ الى استعمال القوة الجبرية.

ومتى أوضحنا ما تقدم، فان قرارات النيابة العامة الصادرة فى منازعات الحيازة قد تكون سندا للاخلاء أو الطرد اذا كانت تحتاج الى تنفيذ جبرى، كما لو كانت صادرة بالازالة أو التمكين. فمثل هذا القرار أو ذلك ينطوى على الزام بالاخلاء، ولا يعد مجرد صدوره محققا للهدف منه، وانما يتطلب ذلك استعمال القوة الجبرية.

والقرار عندما يكون هكذا منطويا على اخلاء يحتاج الى تنفيذ جبرى، فانه يكون ذا قوة تنفيذية فورية. فرغم قابليتها للتظلم أمام القاضى المختص بالامور المستعجلة^(٥٤)، الا أنه وفقا لنص المادة ٤٤ سالف الذكر يعد "واجب التنفيذ فورا"^(٥٥).

(٥٤) فتتص الفقرة الثالثة من المادة ٤٤ مكرر مرفعات على أنه "وفى جميع الاحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن أمام القاضى المختص بالامور المستعجلة...."

(٥٥) انظر فى أن هذه العبارة تدل على أننا بصدد سند تنفيذى مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون: خيرى للكباش، المرجع السابق، ص ٤٨ هامش (١).

ولأن التنفيذ هنا سيجرى وفقا لاجراءات التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات (٥٦)، خاصة اذا كانت المنازعة مدنية - فقد نشأ السند التنفيذى هنا بمقتضى قانون المرافعات - فانه يجب ان يتوافر فى السند الشكل الذى تطلبته المادة ٣/٢٨٠ مرافعات وهو أن توجد صورة تنفيذية من قرار النيابة (٥٧)، حتى يجوز استعمال الحق فى الاخلاء الجبرى، وهو ما يجرى عليه العمل بالفعل.

٣٢- وهكذا يمكن أن يستجمع قرار النيابة العامة فى منازعات الحياة مقومات سند تنفيذى للاخلاء الجبرى. بل أن صدوره من النيابة العامة وفق اجراءات مبسطة عقب التحقيق، وقابليته للتنفيذ الفورى، قد يجعله من اكثر السندات التنفيذية فعالية فى هذا الصدد. اذ يفضل هذا السند لن يحتاج النزاع

(٥٦) وهو ما لكده الكتاب الدورى رقم (١٥) لسنة ١٩٩٢ الصادر من النائب العام والذى أوجب مرحلة فى هذا الصدد على اعضاء النيابة العامة مراعاة ما يلى: '... ثانيا: يتم اعلان القرار وتنفيذه وفقا للاحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية...'. وكذلك الكتاب الدورى رقم (٦) لسنة ١٩٩٢ 'محضرين' والصادر من مساعد وزير العدل وينبه على اقليم المحضرين باتباع الآتى: '... ثانيا: تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحياة المدنية أو الجنائية يقوم به المحضرون....'.

ولكن انظر عكس ذلك: د. فتحى والى، المرجع السابق بند ٦٤ مكرر حيث يرى الاستاذ الحميد ان يكون تنفيذ القرارات الصادرة طبقا للمادة ٤٤ مرافعات مكرر وفقا لاجراءات تنفيذ قرارات النيابة العامة.

(٥٧) أى ضرورة وضع الصيغة التنفيذية على صورة القرار. ويثور التساؤل عن المختص بوضع هذه الصيغة. فقد نيه الكتاب الدورى للدورى رقم (٦) محضرين سالف الإشارة اليه بمراعاة ان تزيل القرارات الصادرة من النيابة العامة طبقا للمادة ٤٤ مكرر مرافعات بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها فى المادة ٣/٢٨٠ مرافعات، ولم يرشد الى المختص بوضعها. ونرى من جانبنا أنه لا مانع من أن يتولى رئيس النيابة الذى يصدر عنه القرار وضع الصيغة التنفيذية.

إذا نشأ حول مسألة الاخلاء سوى إماما معدوات حتى يمكن تصفيته - ولو أنها
تصفية وقتية - وانزال حكم القانون جبرا عن المصطفى.

المطلب الثالث القرارات الادارية

٣٣- من امتيازات القانون العام التي تتمتع بها الادارة سلطة التنفيذ
المباشر. وتتم ممارسة هذه السلطة بواسطة الادارة من خلال اصدار قرارات
توصف بأنها ادارية وتكون لها قوة التنفيذ. وقد كان الاخلاء الجبري للمقرارات
من بين المصالح التي يمكن تحقيقها من خلال القرارات الادارية. جاء بهذه
السندات التنفيذية في هذا المجال قانون ايجار الاماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧.

طبقا للمادة ٦٣ من هذا القانون أنه إذا اقتضت أعمال الترميم أو
الصيانة، إخلاء المبنى مؤقتا من شاغليه حرر محضر اداري باسماء
المستأجرين الفلسطينيين دون سواهم وتقوم الجهة الادارية المختصة باخطارهم
بالاخلاء في المدة التي تحددها فإذا لم يتم الاخلاء بعد انقضائها جاز تنفيذه
بالطريق الاداري...

(٥٨) والتي قد صدر قرار لوجكم بها طبقا لأحكام الفصل الثاني من الباب الثاني من قانون
٤٩ لسنة ٧٧. وينظم هذا الفصل القواعد الحاكمة للمنشآت الأيلة للسقوط أو تحتاج
إلى ترميم أو صيانة لتأمين سلامتها أو للحفاظ عليها في حالة جيدة (وهي المواد من
٥٥ إلى ٦٥).

وطبقاً للمادة ٦٤ من القانون نفسه انه يجب "على شاغلي العين الصادر قرار أو حكم نهائي بهدمها أن يبادروا الى اخلائها فى المدة المحددة فى الحكم أو القرار فإذا امتنعوا عن الاخلاء كان للجهة الادارية المختصة بشئون التنظيم أخلاؤهم بالطريق الادارى...".

وطبقاً للمادة ٦٥ من القانون ذاته "يجوز للجهة الادارية المختصة بشئون التنظيم فى أحوال الخطر الداهم اخلاء البناء وكذلك المباني المجاورة عند الضرورة، من السكان بالطريق الادارى...".

كما تنص المادة ٣/٢ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أنه بالنسبة للمساكن التى يتم شغلها بتصاريع اشغال مؤقتة لمواجهة حالات الطوارئ والضرورة ويؤزل سبب الاشغال فإنه "يصدر بالاخلاء قرار من السلطة التى أصدرت قرار الاشغال المؤقت...".

كما أن حالات الطوارئ والضرورة بصفة عامة قد تبرر اصدار قرارات ادارية باخلاء المساكن.

فى مثل هذه الاحوال فإن السند التنفيذى للاخلاء الجبرى هو قرار ادارى. وتنفيذ مثل هذا السند لا يخضع لاحكام قانون المرافعات، فهو يتم بغير طريق المحضرين ولا يخضع بالتالى لاشراف قاضى التنفيذ (٥٩).

(٥٩) على أن منازعات تنفيذ هذه القرارات - ونقصد بذلك تحديداً تلك التى نص عليها قانون الاجبار رقم ٤٩ لسنة ٧٧ - تخضع لاختصاص قاضى التنفيذ، بعد أن جعل المشرع لتنظيم من هذه القرارات لجهة القضاء العادى. طبقاً للمادة ٥٩ من هذا القانون يكون الطعن فى القرار الادارى الصادر فى شأن المنشآت الآيلة للسقوط والتزميم والصيانة من اختصاص المحكمة الابتدائية، وهو ما يستتبع عقد

المبحث الثالث

السند التنفيذي عند تكرار الاخلاء

٢٤- تمهيد:

مهما قيل عن طبيعية العلاقة بين الحق في التنفيذ الناشئ عن السند التنفيذي وبين الحق الموضوعي الثابت في هذا السند، وهل هما حقان مستقلان أم مختلفان (٦٠)، فانه لا خلاف على أنه يترتب على القيام بالتنفيذ بنجاح وبالتالي استعمال الحق في التنفيذ انقضاء هذا الحق وكذلك الحق الموضوعي (٦١). فإذا انتقلنا من رحاب التعميم الى حيز التخصص، فان تمام عملية الاخلاء الجبرى يؤدي الى انقضاء الحق في الاخلاء الجبرى ايا كان سنده.

مثل هذا التحليل يدفعنا الى طرح السؤال الآتى: ماذا لو توافر سند يعطى الحق في الاخلاء الجبرى من عين معينة وتم تنفيذه الجبرى بنجاح، وبعد ذلك عاد المنفذ ضده الى شغل ذات العين دون سند يخوله هذا الحق؟ هل يمكن استعمال ذات السند التنفيذي لاختلافه مرة ثانية، بحيث انه كلما عاد المنفذ ضده

= الاختصاص لقاضى التنفيذ - وهو التابع لنفس الجهة التابعة لها المحكمة الابتدائية - فى منازعات تنفيذ قرارات الاخلاء الصادرة لذات المناسبة.

(٦٠) فنظر فى الآراء المختلفة فى هذا الصدد، د. فتحى والى، للمرجع السابق، بند ١٤، د. وجدى راغب، للمرجع السابق، ص ٢٢ وما بعدها، د. نبيل عمر، للمرجع السابق، بند ٧ وبند ٢١ وما يليه، د. عزمى عبد الفتاح، للمرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها.

(٦١) قارب: Chioevenda، مشار اليه لدى د. فتحى والى، للمرجع السابق، ص ٢٧ هامش (٤).

لشغل العين عاد للسند التنفيذي قوته؟ سوف تختلف الاجابة على هذا التساؤل وفقا للقانون المصرى عنها فى القانون الفرنسى. فبينما يتطلب الاخلاء من جديد سندا تنفيذيا جديدا وذلك طبقا للقانون المصرى، فان سند الاخلاء الأول يظل صالحا للاخلاء من جديد وذلك طبقا للقانون الفرنسى.

وعليه سوف توزع موضوعات هذا المبحث بين مطلبين:
المطلب الأول: الحل المصرى: وجوب سند تنفيذى جديد
المطلب الثانى: الحل الفرنسى: صلاحية سند الاخلاء السابق

المطلب الأول

الحل المصرى - وجوب سند تنفيذى جديد

٣٥- للاجابة على التساؤل السابق طرحه يجب أن نضع موضعا متقدما فى الذهن أن السند التنفيذي يعد مفترضا ضروريا لا غنى عنه لاجراء التنفيذ الجبرى، وأن سند الاخلاء السابق لم يعد - على ضوء التحليل الذى بدأنا ببيانه - ساريا. ولا شك فى أن النتيجة التى تستخلصها من ذلك هى أنه فى الفرض محل البحث سوف يحتاج من يريد الاخلاء الجبرى الى الحصول على سند تنفيذى جديد يقضى بالاخلاء من جديد، وهو ما يستتبع بعد ذلك تسلسل الخطوات التى سوف نعرضها من ضرورة اتخاذ مقدمات التنفيذ ثم عملية التنفيذ مجددا. ولا شك فى أن هذه النتيجة هى ما يتفق مع التنظيم التشريعى المصرى القائم، حيث انها تتفق مع المنطق القانونى القائم على ضرورة السند

التفديذى النافذ لامكان التفديذ الجبرى، كما انه لا يوجد نص قانونى يقضى بعكسه (٦٢).

٣٦- على أن للتسليم باطلاق هذا المنطق عيوب أولها أن بطء التقاضى - حتى بالنسبة للدعاوى المستعجلة وذلك من الناحية الواقعية - قد يشجع المنفذ ضده على استغلال حاجة صاحب المكان فى ضرورة الحصول على حكم قضائى بطرده اذا ما عاد لشغل العين ثانية، ويقوم فعلا بالعودة الى العين التى سبق وأخلى منها جيرا. وقد يدفعه أكثر الى هذه العودة أن تظل العين خالية، وأن العثور على عين بديلة - خاصة اذا كانت مطلوبة للسكنى - قد يصبح بالنسبة له أمرا صعبا ان لم يكن مستحيلا.

٣٧- لذلك كان من حسن السياسة التشريعية العمل على إيجاد الوسائل الكفيلة بزجر المنفذ ضده وجعله يفكر أكثر من مرة قبل الاقدام على مشروع كهذا. وقد يسفر البحث فى نصوص القانون المصرى عن بعض هذه الوسائل. فهناك فى قانون العقوبات للنصوص التى تهدد المنفذ ضده بإمكانية ملاحقته

(٦٢) ويقترَب من هذه المسألة الفرض الأكى: أن يستصدر المؤجر حكما من القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة لتأخره فى أداء الاجرة مع وجود الشرط الصريح الفاسخ، ثم لا ينفذ هذا الحكم ويترك المستأجر بالعين، ويقوم هذا الأخير بدفع الاجرة عن شهور لاحقة ثم يتوقف فى شهر من الشهور عن ولء الاجرة. فهل يحق للمؤجر أن يقوم بتنفيذ حكم الطرد السابق صدره ضد هذا المستأجر؟

انظر فى هذا الفرض والاجابة المعطاه له وأنها عدم الجواز لأن ظروف الحال سالفة الذكر تشير الى زوال قوة السند التفديذى عن ذلك الحكم بالتنازل عنه من جانب المحكوم له وقبول الاجرة عن شهور لاحقة لصدوره، فضلا عن أن المستأجر قد دفع الاجرة التى قضى بالطرد من أجلها، بل لجرة تالية لها فتغير بذلك المركز القانونى للخصوم: محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، المرجع السابق بند ٣٦٢ والحكم غير المنشور والمشار اليه هامش (١) ص ٦٨٣.

عن جريمة انتهاك حرمة الحيازة مثلا(٦٣)، كما أن في نصوص القانون المدني وقانون المرافعات ما يسمح برفع دعوى استرداد الحيازة المستعجلة(٦٤). إلا أن انجح الوسائل التي يعرفها المشرع المصري في هذا الصدد هي امكانية استصدار قرار من النيابة العامة ينفذ نفاذا معجلا وذلك طبقا للمادة ٤٤ مكرر مرافعات(٦٥).

٣٨- على أن هذه الوسائل وأن نجحت أحيانا بما ينطوى عليه البعض منها من تهريب في توقي نشوء الظاهرة، إلا أنها قد تبدو عاجزة في أحيان أخرى عن تحقيق حماية تنفيذية كاملة وسريعة لصاحب الحق. فإذا كان انجح الوسائل المطروحة هو استصدار قرار من النيابة العامة بطرد من عاد لشغل العين والتي سبق وطرد منها، وذلك طبقا للمادة ٤٤ مكرر مرافعات، فإن في القانون أيضا ما قد يستغله المنفذ ضده على نحو أو آخر من أجل تعطيل التنفيذ بمقتضى هذا السند، كأن يتظلم من أمر النيابة لدى قاضي الامور المستعجلة ويستحصل على حكم بوقف التنفيذ بمناسبة هذا التظلم(٦٦). بل وقد

(٦٣) فقانون العقوبات المصري يعاقب على جرائم انتهاك حرمة ملك الغير بالمواد من ٣٦٩ إلى ٣٧٣. وعادة ما يتولف القصد الجنائي المطلوب عندما يعاود المنفذ ضده إلى شغل العين التي تم إخلاؤه منها وقد تجرد من كل سند قانوني يمكن أن يبرر عودته.

(٦٤) فالقانون المدني يعطى للحائز الذي فقدت حيازته على هذا النحو الحق في رفع دعوى استرداد الحيازة (انظر المواد ٩٨٥ - ٩٦٠ مدني). كما أن تولف الاستعجال يعطى لمن فقدت حيازته الحق في المطالبة باسترداد الحيازة على وجه الاستعجال أو من خلال الاجراءات المستعجلة طبقا لقانون المرافعات.

(٦٥) انظر ما سبق، بند ٢٩ وما يليه.

(٦٦) انظر ما يلي بند ٦٩.

يستشكل فى تنفيذ قرار النيابة ويحصل على وقف فورى للتنفيذ، وذلك بالتطبيق للمادة ٣١٢ مرافعات وعلى افتراض صحة هذا التطبيق (٦٧).

٣٩- ولذلك فإن الحل المنشود من وجهة نظرنا هو الذى يجعل السند التنفيذى الاصلى الذى تم الاخلاء الجبرى بمقتضاه أول مرة، سندا تنفيذيا صالحا لاعادة التنفيذ بمقتضاه كلما عاد المنفذ ضده الى شغل العين التى تم طرده منها. فمثل هذا الحل يحقق حماية تنفيذية سريعة لصاحب الحق فى الاخلاء نظرا لأنه لن يحتاج الى استصدار سند تنفيذى جديد. كما أنه لا يعطل مفعوله عادة بفعل الاشكالات التى قد يقيمها المنفذ ضده، نظرا لأنه فى الاعم الاغلب من الأمور قد سبق واقام بعضها منها وذلك بمناسبة الاخلاء الجبرى السابق، وهو ما يحرم اشكالاته اللاحقة من أى اثر واقف قد يثور فى ذهن رافعها أنه يترتب على مجرد رفعها. بل أن تخيل وجود مثل هذا التنظيم فى القانون - من حماية تنفيذية سريعة ولا تقبل التعطيل - سوف يجعلها فى حقيقة الأمر حماية "وقائية". إذ أنه سوف يفت من عضد المنفذ ضده أن محاولته استعادة العين فى ظل تنظيم كهذا، لن تكون مجدية ولو فى الاجل القريب.

(٦٧) انظر ما يلى بند ٧٠ وما يليه.

المطلب الثاني

الحل الفرنسي - صلاحية سند الاخلاء السابق

٤٠- إذا كان الحل السابق لقتراحه لم يصادفه بعد اعتماد تشريعي في مصر رغم الحاجة الماسة اليه، فإن الوضع مختلف بالنسبة للمشروع الفرنسي الحديث، إذ لم يغفل التنظيم القانوني الجديد لاجراءات التنفيذ هناك عن مواجهة للفرض الذي ينجح فيه المنفذ ضده في العودة ثانية الى المكان الذي تم اخلاؤه منه جبرا، فوضع نصا يسمح ليس فقط بالاخلاء الجبري ثانية بمقتضى نفس السند التنفيذي الاول، وإنما أيضا بالاعفاء من مقدمات التنفيذ - وأهمها هنا المهلة - هو نص المادة ٢٠٨ من مرسوم ٢١ يوليو ١٩٥٨ سالف الإشارة (٦٨).

طبقا لهذا النص تكفي ولادة قيام المنفذ ضده بالعودة الى المكان الذي تم اخلاؤه منه جبرا بأنها تعدى *voie de fait* مادام أن هذه العودة لم يكن لها مسوغ شرعي (٦٩) *sans titre*.

٤١- وقد رتب النص على هذا التكييف أن الإنذار بالاخلاء والذي سبق لبلاغ المنفذ ضده به حال الاخلاء السابق بعد قاتما ومرتباً لأثاره *Contenue*

(٦٨) وتجري عبارة هذا النص كما يلي:

"La réinstallation sans titre de la personne expulsée dans les memes locaux est constitutive d'une voie de fait.

La commandement d'avoir à libérer les locaux signifie auparavant continué de produire ses effets; l'article 197 n'est pas applicable."

(٦٩) أما إذا افترض وكانت عودة المنفذ ضده الى المكان مستندة الى أساس قانوني، كحصوله على حكم يلغي سند الاخلاء، أو دخوله طرعا في عقد يخوله منفعة المكان، كالإيجار أو البيع، فإن التمدى هنا لا يعد متوافرا.

de produire ses effets. وأول ما يتفرع عن هذا النص أنه لا توجد حاجة الى الحصول على سند تنفيذى جديد من أجل اجراء الاخلاء الجبرى ثانية (٧٠). اذا أن النص صراحة على استمرار الانذار بالاخلاء جبرا فى ترتيب آثاره تعنى ضمنا استمرار السند التنفيذى - والذي تضمن الانذار صورة منه - فى ترتيب آثاره هو الآخر، وبالتالي لا ضرورة لاضافة سند تنفيذى جديد.

وبذلك يكون القانون الفرنسى قد خرج بهذا النص على قاعدة يقضى بها المنطق القانونى المجرد وهى قاعدة انقضاء الحق فى التنفيذ الجبرى بعد اتمام عملية التنفيذ بنجاح، واستثنى الحق فى الاخلاء الجبرى منها فاعتبره قائما فى كل مرة يسعى فيها المنفذ ضده الى استعادة العين التى تم اخلاؤها منه. وهو خروج محمود لمواجهة فرض شائع عندهم - وأيضا عندها - خاصة فى الحالات التى تظل فيها العين خالية ويظل المنفذ ضده عاجزا عن الحصول على مسكن أو ماوى بديل.

الفصل الثانى توقى الإخلاء الجبرى

٤٢- تمهيد وتقسيم:

قد يتوافر عمل من الأعمال القانونية ذات القوة التنفيذية ومتضمنا الزاما بإخلاء واكتملت شروط اقتضائه جبرا، ومع ذلك قد يفقد هذا العمل قوته التنفيذية بحيث يتمتع تنفيذه نهائيا وهو ما نسميه بدرء التنفيذ. وقد يظل للسند التنفيذى قوته فى بعض الاحيان ومع ذلك تتعطل عملية الاخلاء لبعض الوقت بحيث يتجنب المنفذ ضده اتمام التنفيذ خلال هذا الوقت وهو ما يسمى بوقف التنفيذ.

يمكن انن ان تتعطل القوة التنفيذية للسند التنفيذى على نحو دائم أو مؤقت، ولكن فى الحالتين تترتب نتيجة واحدة هى توقى اتمام التنفيذ.

وسوف نخصص مبحثا أول لدراسة درء الاخلاء الجبرى، ومبحثا ثانيا لدراسة وقف الاخلاء الجبرى. وسوف نخصص مبحثا ثالثا لفجيب فيه على التساؤل الآتى: هل يمكن توقى الاخلاء الجبرى اذا لم يتوافر "المسكن" البديل؟

المبحث الاول درء الإخلاء الجبرى

٤٣- تمهيد:

ليس المقصود بدرء الاخلاء الجبرى هنا أن يقوم المدين بالاخلاء الاختيارى فيتفادى بذلك مهانة الاخلاء الجبرى لما ينطوى عليه من قهر واجبار. فلا شك أن مثل هذا الاخلاء الاختيارى يعنى أن صاحب الحق فى الاخلاء قد حصل على ثمرة حقه التى لم يكن ليحصل الا عليها لو حدث الاخلاء الجبرى.

ولكن ما نقصده بدرء الاخلاء الجبرى هنا، ان صاحب الحق فى الاخلاء لن يحق له تحريك سلطة التنفيذ للحصول على ثمرة حقه وهى الاخلاء الجبرى، فى نفس الوقت الذى لم يَم فيه المدين بالاخلاء الاختيارى ولن يصبح ملزما بذلك رغم أن سند الاخلاء لازال قائما لم يُلغ بعد، ولكن كيف ذلك؟ هذا ما تجيب عليه المادة ١٨ (ب) من قانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، حين نصت على أنه "... ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير فى سداد الاجرة اعمالا للشرط الفاسخ الصريح اذا ما سدد المستأجر الاجرة والمصاريف والاعتاب عند تنفيذ الحكم وبشرط أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر...".

فقد جاءت هذه المادة بحكم غير مسبوق في مجال التنفيذ الجبرى، اذ رغم ان للحكم القضائى قوة لتنفيذ ما امر به فى منطوقه(٧١)، وقد عين المنطوق ما ينصب عليه التنفيذ وهو الاخلاء أو الطرد من العين، الا أن المحكوم عليه يستطيع أداء الاجرة - وهذا أداء مختلف عما قضى به الحكم اذ الفرض أن هذا الاخير قد اقتصر على النطق بالاخلاء أو الطرد(٧٢) - ويتجنب بذلك تنفيذ حكم الطرد أو الاخلاء.

ونظرا لأن هذا الوضع يمثل استثناء على قواعد التنفيذ الجبرى، والتي بمقتضاها يعد السند التنفيذى مفترض كاف(٧٣) للتنفيذ بحيث لا يجوز الامتناع عن اجرائه طالما ظل الالتزام الثابت به - وهو هنا الاخلاء - لم ينفذ، كان لابد من تحديد شروط الطباق هذا الاستثناء على نحو مفصل بحيث نقطع الطريق أمام أية محاولة لتجاوز للفرض الذى ورد فيه.

والواقع أنه يستفاد من نص المادة ١٨ (ب) سالف الإشارة اليه أن درء تنفيذ سند الاخلاء هنا يفترض ضرورة استجماع عدة شروط هي: أن يكون سند الاخلاء حكما مستعجلا، وأن يكون سبب الاخلاء هو عدم الوفاء بالاجرة، وأن يتم مصادد الاجرة وما فى حكمها، وألا يكون الاخلاء لتكرار الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالاجرة.

(٧١) انظر: د. فتحي والى، المرجع السابق، بند ٢١.

(٧٢) ولا يختلف الوضع حتى ولو فرض أن الحكم قد قضى بالاخلاء أو الطرد الى جانب الوفاء بالاجرة، فهنا نحن بصدد "حكمين"، وبالتالي لا علاقة من حيث المبدأ بين أداء الاجرة والاخلاء، بحيث أن تنفيذ شق الحكم القاضى بالاجرة لا يعد تنفيذا للشق الثانى القاضى بالاخلاء أو الطرد.

(٧٣) انظر: د. فتحي والى، المرجع السابق، بند ١٨.

واسوف نخصص لكل شرط من هذه الشروط مطلباً.

المطلب الأول

سند الإخلاء حكم مستعجل

٤٤- نظراً لأن للقضاء المستعجل لا يقوم على فكرة العدالة الكاملة، وإنما هو ينهض على أساس فكرة الحماية العاجلة (٧٤)، فإن الحكم المستعجل كسند تنفيدي لا يرتبط بالقواعد العامة في الحماية التنفيذية. فإذا كانت هذه القواعد لا تسمح بممارسة الحماية التنفيذية من حيث الأصل إلا لقتضاء لحقوق مؤكدة ومستقرة، وآية ذلك الحق الثابت في حكم موضوعي غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن العادية على الأقل، فإن السماح بتنفيذ الحكم المستعجل ينطوي على استثناء. إذ أن مبني القضاء فيه لا يقوم على تأكيد وجود الحق وإنما مجرد ترجيح وجوده، كما أنه يحوز القوة التنفيذية المعجلة أي قابليته للتنفيذ رغم قابليته للطعن العادي أو ممارسة هذا الطعن بالفعل (٧٥).

وانطلاقاً من هذه الصفة الاستثنائية للقوة التنفيذية للحكم المستعجل، كان طبيعياً أن يعمد المشرع إلى العمل على "تحميص" هذه القوة كلما أنحسرت حالة الاستعجال ذاتها والتي كانت الدافع إلى تقرير هذا الاستثناء.

(٧٤) د. أمينة النمر، مناهل الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، ١٩٦٧، منشأة المعارف، بند ٢.

(٧٥) انظر في أن الاعتراف للأحكام المستعجلة بالقوة التنفيذية بشكل وجه استثناء مزدوج يرد على القاعدة العامة أو الأساس في التنظيم القانوني المعتمد للقوة التنفيذية للأحكام: د. أحمد زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، ١٩٩٢، دار النهضة العربية، بند ١١.

ولقد كان الحكم المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير في سداد الاجرة مناسبة حيوية لاعمال هذه الفكرة، فكرة انحسار القوة التنفيذية عن الحكم المستعجل، اذا ما سدد المستأجر الاجرة المستحقة والمصاريف والاعتاب عند تنفيذ الحكم. إذ تنص المادة ١٨ (ب) من قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على أنه " .. لا ينفذ حكم القضاء المستعجل..." في هذه الحالة.

وأول ما يجب رصده في هذا الصدد هو أن المادة المذكورة تقتصر على ذكر حالة الحكم المستعجل، فهل مفاد ذلك أن السندات التنفيذية الأخرى لا يتصور درء تنفيذها؟.

٤٥- أما أن الحكم المستعجل يمكن توقي تنفيذه اذا توافرت باقي الشروط، فهذا لا يحتاج الى تأكيد بعد أن نصت على ذلك المادة ١٨ سالفه الذكر صراحة. كل ما نود التأكيد عليه هو أنه نظرا لعمومية النص فإنه يستوى أن يكون الحكم صادرا من قاضي الامور المستعجلة أو من محكمة الموضوع اذا رفعت إليها دعوى الطرد بطريق التبعية، كما يستوى أن يكون الحكم صادرا من محكمة أول درجة أو من محكمة الدرجة الثانية(٧٦).

(٧٦) فالحكم الصادر برفض دعوى الطرد للمستعجلة يعد حكما مستعجلا واستثنائه ينفلج الدعوى المستعجلة الى محكمة الاستئناف. فإذا أُلغته محكمة الاستئناف وقضت بالطرد، فالحكم الصادر منها يعد حكما مستعجلا ويمكن درء تنفيذه عند توافر باقي الشروط.

٤٦- ولما أن درء التنفيذ لا يجوز تجاه باقى السندات التنفيذية، كالحكم الموضوعى بالاخلاء مثلا، فهي نتيجة يحتاج التسليم بها الى اوضح.
فقد يثور فى الذهن أنه يجوز القياس على التفسير المقرر للمستأجر المحكوم عليه من القضاء المستعجل بالطرد وتقرير عدم جواز تنفيذ الحكم الموضوعى الصادر بالاخلاء. ولكن الرأى الصحيح فى نظرنا هو ان القياس هنا محظور لمبیین:

الأول، هو أنه ليس هناك أدنى شك فى أننا أمام نص استثنائى. فالاصل أن حق المؤجر فى طلب الاخلاء أو الطرد ينشأ بمجرد وقوع المخالفة ولا يتقضى بازالتها، فاذا صدر حكم - ولو مستعجل - بالاخلاء، فلا يملك المستأجر تقاضى التنفيذ اذا بادر الى ازالة سبب المخالفة (٧٧). لولا أن المشرع قد أتى بنص خاص فى هذا الصدد وسمح بتقاضى تنفيذ الحكم المستعجل عند توافر بعض الشروط (٧٨). وباعتباره كذلك، فإن تطبيقه يجب أن يقتصر على الحالة التى ورد بشأنها، فلا يجوز القياس عليه حتى ولو كنا فى حالات نظيرة.

(٧٧) بل أنه لا يملك تقاضى صدور الحكم ولو بادر الى ازالة سبب المخالفة. انظر تطبيقاً لذلك: نقض ١٩٧٩/٥/٢، الطعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٤ ق، نقض ١٩٧٩/٢/٧، الطعن رقم ٥٠٩ سنة ٤٦ ق، نقض ١٩٧٧/٦/١ - ٢٨ - ١٣٤٠.

(٧٨) قارن: محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، الطبعة الرابعة ١٩٧٧، دار النهضة العربية بند ١٩٦ حيث يقرر فى ظل قانون ايجار الاماكن لسنة ٦٩ - وحيث لم يكن قد ورد نص مماثل لنص المادة ١٨ من قانون ٨١ والذي يسمح للمستأجر بتقاضى الحكم المستعجل لتقاضى بالطرد لعدم الوفاء بالاجرة - ان المستأجر يستطيع ان يمنع المؤجر من تنفيذ حكم الاخلاء المستعجل بمجرد قيامه بالوفاء بالاجرة.

الثاني، هو أنه حتى على فرض صحة جواز التوسع في الاستثناء عند توافر علته، فإن هذه العلة لا تتوافر في الحكم الموضوعي القاضي بالاخلاء، "لأن المشرع إذا كان قد أجاز للمستأجر تفادي تنفيذ الحكم المستعجل.. فهو لأنه حكم وقفي حجته مؤقتة ولا يؤثر على سير الخصومة المتعلقة بأصل الحق، ولا حجية له عليها، عملاً بالقواعد العامة. أما الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بالاخلاء.. والذي فوت للمستأجر على نفسه ميعاد استئنافه فلا يملك التملص منه وتفادي حجته، ولا يلومن إلا نفسه(٧٩)".

المطلب الثاني

سبب الاخلاء هو عدم الوفاء بالاجرة

٤٧- سبق أن برهنا(٨٠) على أن الاخلاء يمكن أن يكون بناء على حكم مستعجل، وأن مناط الاختصاص والحكم بذلك يتوافر عند التأخير في سداد الأجرة اعمالا للشرط الفاسخ الصريح، كما يتوافر أيضا كلما توافر سبب آخر من أسباب الاخلاء مما يتحقق معه ركن الاستعجال وترجع الحق.

وقد يحدث أن ترفع دعوى الطرد المستعجلة ويتوافر في هذا الوقت سبب للاخلاء مما يتحقق معه الاستعجال ثم يزول هذا السبب قبل الفصل فيها. هنا يذهب الرأي الراجح(٨١) الى انه بصرف النظر عن اكتساب المؤجر للحق في

(٧٩) د. ابو الوفاء، التعليق على قانون اجار الأماكن، سابق الإشارة إليه، ص ٣٢٣.

(٨٠) انظر ما سبق بند ٢٨.

(٨١) انظر: د. احمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشر، ١٩٩٠، منشأة المعارف، بند ٢٩٦ (الهامش).

الاخلاء بمجرد وقوع المخالفة أو سقوط حقه بزوالها، فانه من زاوية الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة لا مندوحة من الاعتداء بتخلف ركن الاستعجال، وذلك استنادا الى أن العبرة فى تحديد الاستعجال هى بوقت نظر للدعوى^(٨٢)، وبناء عليه فإن القاضى المستعجل يحكم بعدم الاختصاص.

أما اذا ظل الاستعجال قائما لحين نظر الدعوى فصدر الحكم المستعجل بالطرد، ثم زال عقب صدوره، فالاصل أن تظل للحكم قوته التنفيذية الى أن يتم الغاؤه. هذا الأصل يسرى بشأن اسباب الاخلاء المختلفة عدا التأخير فى سداد الاجرة. فالحكم المستعجل الصادر بطرد المستأجر للتأجير من الباطن بغير اذن المؤجر أو لاستعمال العين بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة مثلا، يصح تنفيذه ولو بادر المستأجر وازال سبب المخالفة عقب صدوره بأن استرد العين المؤجرة أو امتنع عن الاستعمال للعين بطريقة ضارة.

٤٨- ولقد كان ممكنا أن يسرى هذا الأصل أيضا ولو كان سبب حكم الطرد المستعجل هو الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالاجرة وسدد المستأجر الاجرة بعد صدوره. لولا أن المشرع قد أتى باستثناء لا ينطبق اذا كان طرد المستأجر هو بسبب التأخير فى سداد الاجرة. فسوف نرى حالا أن زوال هذا السبب - بقيام المستأجر بسداد الاجرة - يزيل عن الحكم قوته التنفيذية. نصت على هذا المادة ١٨ (ب) من قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٣٠ سالف الذكر، اذ تجرى عبارتها على انه "ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر

(٨٢) انظر فى اختلاف الاراء فيما يتعلق بالوقت الذى يعتد به فى تقدير الاستعجال فى الدعاوى المستعجلة عموما: د. امينة النمر، المرجع السابق، بند ٦٨ وما يليه.

بسبب التأخير في سداد الاجرة اعمالا للشرط الفاسخ الصريح اذا ما سدد المستأجر الاجرة.....".

ولما كان زوال القوة التنفيذية للحكم بزوال المخالفة على هذا النحو يعد استثناء على الاصل، فانه لا يجوز التوسع فيه ولو كان السند في هذا هو القياس.

٤٩- ولكن يبقى تساؤل: هل يجب الوقوف عند حرفية النص بحيث لا يتصور توقي تنفيذ الحكم المستعجل القاضى بالطرد بسبب التأخير في سداد الاجرة الا اذا كان هذا الحكم قد صدر اعمالا للشرط الفاسخ الصريح؟^{٨٢}

الواقع ان هذه العبارة لا يجب ان يتخذ منها حجة يمكن ان ينادى على اساسها بان الحكم المستعجل بالطرد بسبب عدم الوفاء بالاجرة في غير حالات الشرط الفاسخ الصريح لا يمكن توقي تنفيذه بالوفاء. فكما سبق وقلنا فان اختصاص القضاء المستعجل بدعوى الطرد مناطه الاساسى هو ركن الاستعجال، وهذا الركن يتوافر حتما عند وجود الشرط الفاسخ الصريح - ومن هنا جاء ذكر المشرع له - كما يمكن ان يتوافر ولو تخلف مثل هذا الشرط^{٨٣}. المهم ان يكون حكم الطرد مستندا الى عدم الوفاء بالاجرة.

(٨٢) فقد حكم بانه يحل محل للشرط الفاسخ الصريح صدور حكم من المحكمة الموضوعية بفسخ الايجار. انظر: مستعجل اسكندرية - ١٩٣٧/٢/٤ - المحاماة - ١٨ - ١٨٧ مشار اليه لدى، محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، المرجع السابق، بند ٣٥١، ص ٦٦٢ هامش (٢).

وإن، فالمعول عليه فى توكى التنفيذ هو أن يكون سبب حكم الطرد المستعجل هو التأخير أو عدم الوفاء بالاجرة، دون حجة الى النظر حتما الى الرابط الذى حمل هذا التأخير أو الامتناع الى مصاف الاستعجال. فاذا فرض ومصدر حكم من القضاء المستعجل بالطرد بسبب عدم سداد الاجرة كان ممكنا توكى تنفيذه عند توافر باقى الشروط والتي ليس من بينها أنه صدر من قضاء مختص.

المطلب الثالث

سداد الاجرة والمصاريف والاعتاب عند التنفيذ

٥٠- لا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير فى سداد الاجرة - نقول المادة ١٨ (ب) من قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٦ سابق الاشارة اليه - "إذا ما سدد المستأجر الاجرة والمصاريف والاعتاب عند تنفيذ الحكم ويشترط أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر".

ويلاحظ أنه بامعان النظر فى هذا النص يبين أن واقعة السداد - وبالتالى ازالة المخالفة التى كانت وراء صدور الحكم - واقعة مركبة من واقعيتين مترابطتين: الاولى تتعلق بمضمون السداد، والثانية تتعلق بالوقت الذى يصح معه السداد الواقى.

٥١- بالنسبة لمضمون السداد فانه يجب ان يشمل الاجرة والمصاريف والاعتاب، بحيث لا يمكن توكى التنفيذ الا اذا تحقق هذا المضمون بأكمله.

ويقصد بالاجرة الاجرة القانونية المحددة بمقتضى قرار لجنة التقدير الذي لم يطعن عليه، أو المحددة بمقتضى حكم بات صادر فى الطعن على هذا القرار، أو المحددة اتفاقاً. ويضاف الى هذه الاجرة ما جعله القانون فى حكمها، كالضرائب والرسوم، واقساط فروق الايجار، وقيمة استهلاك المياه، والزيادة فى الاجرة المقررة نتيجة الترميم والصيانة (٨٤). وبعبارة مختصرة فان كل ما يلزم بادائه المستأجر يعتبر بمثابة اجرة (٨٥).

والاجرة بهذا المعنى والتي يجب الوفاء بها، هى الاجرة المستحقة، أى التى حل اجل الوفاء بها وقت السداد، وليس فقط التى رفعت دعوى الطرد بشأنها، أو حتى التى استحققت وقت صدور الحكم (٨٦).

ولا يجب أن يقتصر السداد على الاجرة المستحقة، وانما يجب أن يتناول أيضاً المصاريف التى تكبدها المؤجر (٨٧). ويقصد بذلك مصاريف

(٨٤) د. ابو الوفا، للتطبيق على قانون ايجار الاماكن، سابق الاشارة اليه، ص ٣١٨.
(٨٥) د. ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٣ والفقيه الكبير يلفت النظر (انظر، المرجع السابق، ص ٣٢٠) الى أن المادة ٢٣ من قانون المساكن رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩

كانت توجب على المستأجر المتأخر فى دفع الاجرة أداء فواتيدها بواقع ٧٪ من تاريخ الاستحقاق حتى تاريخ السداد، فى حين أن المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن بعدها المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - وهى وحدها السارية المفعول الآن - لا توجب ذلك.

(٨٦) وذلك لأن المطلب به كان الطرد لتعاس المستأجر عن أداء الاجرة وليس المطالبة بقدر معين منها. وانظر فى حل مماثل بالنسبة لسداد الاجرة الواقع من صدور حكم الاخلاء الموضوعى: د. ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٨٧) انظر فى ان عدم سداد المصروفات لا يدرء أيضاً صدور حكم الاخلاء رغم سداد الاجرة: نقض ١٩٧٩/٤/٢٥، الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٤٥ ق، مشار اليه لدى د. ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٤٩ وهو ما ينطبق من باب أولى بالنسبة لدرء تنفيذ حكم الطرد المستعجل.

انذار التكاليف بالرفاء، والمصاريف القضائية بما فيها الرسوم القضائية، ومصاريف التنفيذ.

وبالإضافة الى الاجرة والمصاريف، يجب على المستأجر ان أراد توقي تنفيذ حكم الطرد المستعجل أن يقوم أيضا بسداد الأتعاب. ويقصد بذلك النفقات الفعلية التي تكبدها المؤجر كأتعاب الحمامة "الفعلية" وليس فقط ما حكم به من مقابل لهذه الأتعاب.

وسداد المستأجر الاجرة والمصاريف والأتعاب، والواقى من التنفيذ، يتحقق عن طريق أدائها مباشرة للمؤجر، أو ايداعها خزانة المحكمة (٨٨) أو خزينة العوائد أو الوحدة المحلية، أو أدائها للمحضر عند اعلانه السند التنفيذي أو عند قيامه بالشروع فى التنفيذ (٨٩). يستوى بعد ذلك ان يقوم المستأجر نفسه بالمسداد أو يقوم بذلك شخص آخر عنه.

(٨٨) انظر فى أن عرض وإيداع الاجرة والمصاريف والأتعاب خزانة المحكمة يفقد معه الحكم المستعجل كونه للتنفيذية: الأشكال رقم ١٠٣٩ لسنة ٨٦ تنفيذ اسكندرية جلسة ١٩٨٨/٢/١٧، مشار اليه لدى: عيد الحميد المنشاوى وعيد الفتاح مراد، المشكلات العملية فى قضاء التنفيذ، الطبعة الأولى ١٩٨٨، منشأة المعارف، بند ٣٦ ص ١٦٠.

(٨٩) فنظرا لأن سداد المستأجر للاجرة والمصروفات الى المحضر يمنع من التنفيذ، أوجب للكتاب الدورى رقم ٢ لسنة ٧٧ محضرين ضرورة مراعاة ما يلى: عند تقديم حكم بالطرد صادر من القضاء المستعجل، ينبغى أن يشمل التوكيل بالتنفيذ ببيان المبالغ المطلوبة بموجب الحكم المنفذ بمقتضاه حتى تاريخ الحكم والمصاريف والأتعاب.

انظر فى هذا الصدد: عيد الفتاح مراد، أصول اعمال المحضرين فى الاعلان والتنفيذ، ١٩٨٩، مؤسسة شباب الجامعة، ص ٣٤٧ وما بعدها

٥٢- أما بالنسبة لوقت السداد، فإن المشرع قد اشترط أن يكون ذلك "عند التنفيذ". فالفرض أن المستأجر لم يتقاد اصدار الحكم عليه بالطرد اذا لم يبادر بالوفاء بالاجرة قبل اقفال باب المرافعة (١٠). ولكن لن يكون معنى ذلك أنه قد أوصدت أمامه جميع السبل وأنه لا مفر من أن يخلى المكان والا تعرض للطرد جبرا. فقد أتاح له المشرع فرصة أخرى تتمثل في أن قيامه

(٩٠) فقد ثار في ذهن البعض أن نص المشرع في المادة ١٨ (ب) من قانون ايجار الأماكن رقم ١٣٦ سالف الإشارة اليه على أنه "ولا يحكم بالاخلاء اذا قام المستأجر قبل اقفال باب المرافعة في الدعوى بإداء الاجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية" إنما ينطبق فقط امام محكمة دعوى الاخلاء الموضوعية (من هذا الرأي: عبد الحميد عمران، أسباب الاخلاء في قانون ايجار الأماكن والتعليق على نصوصه، ١٩٨٣، دار المطبوعات الجامعية، ص ٥٠ و ٥٤ لكن الرأي الجدير بالتأييد هو الذي يعطى هذا الحق في توقي اصدار حكم الاخلاء أو الطرد حتى للمستأجر امام القاضي المستعجل (انظر في هذا الرأي الأخير: د. ابو الوفاء، المرجع السابق، ص ٢٢٨) وهو يستند في ذلك الى حجج ثلاث: الاولى حجة منطقية وهي انه اذا كان المستأجر يملك تفادى تنفيذ الحكم المستعجل بالطرد بسداد الاجرة وتوابعها، فانه يملك ذلك من باب أولى لتفادى اصدار حكم عليه بالطرد.

والثانية حجة قانونية هي أنه يشترط لاعمال الشرط الفاسخ الصريح ألا يتعارض مع نص قانوني متعلق بالنظام العام بما يبطله، ولما كان القانون ينص على عدم الحكم بالاخلاء اذا قام المستأجر بإداء الاجرة المستحقة قبل اقفال باب المرافعة في الدعوى، وكان هذا النص متعلقا بالنظام العام، فانه يبطل الشرط الفاسخ الصريح فيما يخالفه بحيث لا يعتبر المستأجر مقصرا في سداد الاجرة بما يجيز اعتبار العقد منسوخا وإخلائه.

والثالثة حجة قضائية وهي ان محكمة النقض قد ايدت حق المستأجر في تفادى اصدار حكم مستعجل بطرده اذا قام بسداد الاجرة قبل اقفال باب المرافعة. وهو يشير في ذلك الى حكم نقض ١٩٨٠/٢/٥ الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٤٩ ق ونقض ١٩٨٠/٤/٢ رقم ٥٨٤ لسنة ٤٦ ق.

ونضيف من جانبنا أن سداد المستأجر للاجرة أمام القضاء المستعجل يعلى انتفاء ركن الاستعجال ايمانا منا بأن العبرة في توافره هي بوقت نظر الدعوى (انظر ما سبق بند ٤٧). فحتى اذا لم يوجد نص صريح يسمح للمستأجر بتفادى صدور حكم الطرد أو الاخلاء بسداد الاجرة أثناء قيام الدعوى، فإن في اعمال فكرة تخلف الاستعجال والحكم - بالتالي - بعدم الاختصاص ما يوصل الى ذات النتيجة.

بالسداد ولو بعد صدور الحكم وحتى اللحظة الأخيرة قبل تمام التنفيذ يدرك عنه هذا التنفيذ.

فالمستأجر يتوقى التنفيذ اذا قام بالسداد بعد اقفال باب المرافعة، أو بعد صدور الحكم وقبل اتخاذ مقدمات التنفيذ، أو بعد اتخاذ هذه المقدمات، أو أثناء المهلة التي قد يمنحها له القاضى المستعجل للاخلاء^(١١)، أو خلال الفترة التي قد يكون التنفيذ خلالها موقوفا.

٥٣- أما اذا تم التنفيذ فان الوفاء بالاجرة بعد ذلك لا يقوم بدور وقائى لزاء التنفيذ وقد حدث بالفعل. على أن واقعة الوفاء هذه إن تكون عديمة الاثر، وإنما يمكن أن تشكل اساسا لدور علاجى، دور يلغى التنفيذ بعد أن فات أوان منع نشوئه.

فيجب أن نضع موضعاً متقدماً فى الذهن أن المشرع قد تبصر الى أن مكنة توقى التنفيذ تسقط اذا تم التنفيذ دون وفاء، وأن ذلك قد يغرى المؤجر بأن يسارع بتنفيذ حكم الطرد دون أن يحدد للمستأجر موعداً حتى يفوت عليه الفرصة الأخيرة لدرك التنفيذ. صحيح أن البدء فى التنفيذ يستلزم من حيث المبدأ اتخاذ مقدمات من اعلان للسند التنفيذى وتنبية المستأجر بضرورة الاخلاء وانتظار مهلة يوم على الأقل من تاريخ الاعلان، الا أن كل ذلك لا

(١١) انظر الى أن القاضى المستعجل وإن كان لا يملك اعطاء مهلة للمستأجر لدفع الاجرة، الا أن له أن يمنحه مهلة للاخلاء: محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل، ومحمد فاروق راتب، المرجع السابق، بند ٢٥٨. انظر ما يلى، بند ١٠٤. وقارن: د. ابو الوفاء، المرجع السابق، ص ٣٢٤ بخصوص تنفيذ حكم الاخلاء الموضوعى.

يؤكد للمستأجر تاريخا محددا تنتهي فيه فرصة السداد ان أراد وبالتالي يتوقى التنفيذ، اذ ليس من بيانات الاعلان أو التنبيه تاريخ التنفيذ. ولذلك ليس هناك ما يمنع - من حيث المبدأ - أن يتم تحديد هذا التاريخ بناء على رغبة المؤجر ودون علم المستأجر، ويكفى فقط أن يتوافق هذا التاريخ مع ظروف عمل المحضر.

٥٤- أمام هذه الاعتبارات ورغبة من المشرع في تمكين المستأجر - تحت وطأة أزمة الاسكان - من الاستفادة من فرصة توكى التنفيذ كاملة، اشترط "أن يتم التنفيذ في مواجهة المستأجر". ما معنى هذه العبارة؟ وما هو الدور الذى يلعبه هذا الشرط فى توكى التنفيذ؟ للجابة على ذلك نقول:
لا يقصد بهذه العبارة بالطبع أن لا يتم اجراء التنفيذ الا بعد اتخاذ مدماته بأن تتحقق سلطة التنفيذ أولا من سبق استيفائها، فهذا المعنى مما تقتضيه القواعد العامة(١٢)، ولن يضيف الشرط الذى وضعه المشرع بذلك جديدا.

كما أنه لا يقصد بهذه العبارة بالطبع ايضا ضرورة أن يتم اجراء التنفيذ فى حضور المستأجر(١٣)، اذ لو كان المشرع يقصد هذا المعنى لذكره

(١٢) انظر مع ذلك: د. ابو الوفاء، المرجع السابق، ص ٤٨، حيث يرى ان هذا الشرط مما تقتضيه القواعد العامة الا ان قانون المساكن رقم ١٣٦ قد استعذب تأكيد حرسا على مصلحة المستأجر وللتنبية بوجوب التحقق دائما من اجراء التنفيذ فى مواجهة. (١٣) قارن: محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، المرجع السابق، بند ٣٦١ حيث يذهبون الى أنه وان كانت " القاعدة فى تنفيذ الأحكام أنه لا يلزم لتنفيذها حضور المنفذ ضده وقت التنفيذ بل أنه يجوز تنفيذها فى غيبته. ولكن المشرع رغبة فى اسباغ حماية خاصة على شاغلي الأماكن الخاضعة لقانون اجار الأماكن، وكثرة ما لوحظ من محاولة المؤجرين الالتجاء الى طرق ملتوية للتخلص من المستأجرين لتلك الأماكن، وادراكا منه بأن الأحكام المستعجلة انما تصدر مؤقتة ولأخذ من ظاهر الأوراق فقد نص فى الفقرة ب من المادة ١٨... على أن المحضر =

صراحة، خاصة وأن اللغة القانونية تعرفه. ثم ان اشتراط حضور المستأجر عملية التنفيذ سيجعلها متوقفة على مشيئته، وهى نتيجة لا يمكن القبول بها حيث أن مصلحته دائما فى عدم التنفيذ، وهو ما يدفعه بالتالى الى الغياب حتى يعرقل التنفيذ.

أما ما ن قصده هذه العبارة فهو - من وجهة نظرنا - ضرورة أن يتم اعلان المستأجر بالتاريخ المحدد الذى تقرر أن يجرى فيه التنفيذ. فاعلانه بذلك فحسب لا يجعل التنفيذ مرهونا بمشيئته^(١٤)، ثم انه يحقق فكرة المواجهة، فى نفس الوقت الذى يضيف هذا المعنى جديدا الى ما تقتضيه القواعد العامة. أضف الى ذلك أن هذا المعنى الذى نقول به هو ما يتفق مع الدور المنوط بهذا الشرط القيام به.

فقد تطلب المشروع أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر بصدد الحكم المستعجل بالاخلاء دون الموضوعى. السبب فى ذلك أن الاول وحده هو الذى يمكن ترقى تنفيذه بسداد الاجرة بعد صدوره والى ما قبل تمام تنفيذه، فيجب أن يعلم المحكوم عليه فيه الى أى مدى تظل مكنة السداد - وبالتالي درء التنفيذ - متاحة حتى يمكنه الاستفادة منها كاملة، ويكفى لتحقيق هذا اعلانه بالتاريخ

= يتمتع عليه تنفيذ هذا الحكم فى غيبة المستأجر المحكوم بطرده من القضاء المستعجل للسبب سالف الذكر".
(١٤) على أن ذلك لا يعنى أن فكرة المواجهة لا تتحقق بحضور المستأجر. ففى اعتقادنا أن عدم اعلان المستأجر بتاريخ التنفيذ لا يمنع من اعتبار المواجهة متحققة اذا حدث وتواجد المستأجر وقت التنفيذ. فالمواجهة تتحقق لئن بالاعلان بتاريخ التنفيذ أو بحضور المنفذ ضده عملية التنفيذ ولو لم يسبق اعلانه بتاريخها. على أن تحقير المواجهة من خلال سبق الاعلان بتاريخ التنفيذ يعد أكثر فائدة للمنفذ ضده، ولذلك يجدر بسلطة التنفيذ أن تراعى ذلك، خاصة وأن حضور المستأجر لحظة التنفيذ دون سبق اعلان - وهو الحضور المكافئ للاعلان - هو مسألة احتمالية.

المحدد للتنفيذ. صحيح أن هذه المكنة سوف تتاح أيضا - بل وعلى وجه افضل للمستأجر - إذا تطلبنا الحضور الفعلى وليس مجرد الاعلان بالتاريخ وبالتالي مجرد التمكين من الحضور، الا ان هذا المعنى كما قلنا يؤدي الى نتيجة لا يعقل التسليم بها.

معنى ذلك انن أنه اذا تم تنفيذ حكم الطرد المستعجل وذلك فى مواجهة المستأجر بالمعنى السابق تحديده لفكرة المواجهة دون ان يقوم بالسداد، فان مكنة درء التنفيذ تسقط ولا تقوم لها قائمة. أما اذا حدث العكس بأن تم التنفيذ دون سبق اعلان المستأجر بتاريخ التنفيذ، فان هذه المكنة لا تعد ساقطة، وذلك لتخلف شرط من شروط سقوطها.

٥٥- وهنا يتقرر الى الذهن السؤال الآتى: كيف يمكن للمستأجر الاستفادة من مكنة درء التنفيذ وهى وسيلة وقائية اذا قام بسداد الاجرة وتوابعها بعد أن تم التنفيذ بالفعل؟ أليس ما وقع لا يمكن توقيه؟

الواقع أنه ليس أمام المستأجر فى هذه الحالة سوى الوسائل العلاجية. فأمامه الدعوى الموضوعية لابطال التنفيذ، ولكن يعيب هذا الحل ما يستغرق الوصول اليه من وقت كثيرا ما يطول نظرا لبطء اجراءات التقاضى العادية. ولذلك يعد مثل هذا الحل مفضولا بأخره واللجوء الى دعوى عدم الاعتداء بالتنفيذ الباطل اذ أن تمام تنفيذ حكم الطرد المستعجل دون تحقيق مبدأ المواجهة على الوجه الذى استلزمه المشرع، يعد منطويا على مخالفة لاجراء جوهري يجعل هذا التنفيذ مجرد عقبة مادية، الأمر الذى يتوافر معه ركن

الاستعجال المبرر لدعوى عدم الاعتداد، وهى دعوى تجد مكنتها الطبيعي بعد تمام التنفيذ - وهو الفرض فى حالتنا هذه - كما أنها تحقق مزبة امكانية الوصول الى حل سريع نظرا لطبيعتها المستعجلة(١٥).

المطلب الرابع عدم كون الاخلاء لتكرار الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالاجرة.

٥٦ - اذا كان المشرع قد حرص على توفير كل حماية معقولة للمستأجر مراعاة منه لوطأة أزمة الاسكان، الا أنه لا ينظر فى ذلك الى المستأجر المماطل، والذى يعاود التأخير فى الوفاء بالاجرة المرة تلو الاخرى دون أن تكون لديه مبررات مقبولة، وهو ما يؤدى الى اعنات المؤجر ومشاعبة له باضطراره اياه للجوء للقضاء أكثر من مرة لاستجداء الاجرة منه(١٦).

(١٥) على أنه اذا كانت الاستعانة بدعوى عدم الاعتداد مفيدة فى بعض الحالات، فإن تحسنا لها لا يجب أن يحجب عنا حقيقة أن توافر الاستعجال كمناط لاختصاص قضاء التنفيذ المستعجل بها والحكم فيها مرهون بالأا تقوم منازعة جدية من المؤجر تنفى تخلف عنصر المواجهة والذى - اى هذا التخلف - يجعل البطلان جوهريا. كما لا يجب أن يغيب عن الذهن ايضا انه حتى ولو نجح المستأجر فى استصدار حكم بعدم اعتداد بالتنفيذ الباطل، فإن حصوله على القائة المرجوة منه - وهى تمكنه من استعادة العين التى تم طرده منها - قد يصطدم بأمر واقع يستحيل تغييره أو محو اثره كوجود مستأجر جديد بالعين حسن النية. انظر فى تثدير دعوى عدم الاعتداد بالتنفيذ كوسيلة لعلاج مخاطر قابلية التنفيذ للالغاء: للمؤلف، طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ١٩٩٣، بند ٢٣.

(١٦) عبد الحميد عمران، المرجع السابق، ص ٦٩.

ولذلك فانه اذا كان تنفيذ حكم الطرد المستعجل للامتناع أو التأخير في الوفاء بالاجرة يمكن توقيه بالشروط السابق ذكرها، فان هذه الرخصة لا تتوافر اذا كان الطرد مستندا الى "تكرار" الامتناع أو التأخير.

جاءت بهذا الشرط "السلبى" المادة ١٨ (ب) من قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٣ سالف الذكر. فبعد أن تعرضت هذه الفقرة لتوقى صدور حكم الاخلاء أو الطرد المستعجل اذا أوفى المستأجر بما هو مستحق عند التنفيذ، تعرضت بعد ذلك لحالة التكرار فى الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالاجرة المستحقة ولم تصرح بجواز درء التنفيذ. فبعد ان صرحت المادة سالفه الذكر "... اذا ما سدد المستأجر الاجرة..." أردفت ذلك بقولها "فاذا تكرر امتناع المستأجر أو تأخره..." حكم عليه بالاخلاء أو الطرد بحسب الاحوال" ودون ان تتعرض لمكنة توقى التنفيذ فى هذه الحالة.

ولما كان الاصل أن تنفيذ حكم الطرد لا يمكن تلافيه عن طريق الوفاء بالاجرة أو ازالة سبب المخالفة التى سببت الطرد أيا كانت - فالقانون يعتد بسند التنفيذ فى حد ذاته مجردا عن الحق الموضوعى، ثم ان الحكم قد صدر بالطرد وليس بالزام بالوفاء - فان الخروج على هذا الاصل لا يكون الا بنص خاص، كما هو الحال مثلا عندما صرح المشرع بعدم تنفيذ حكم الطرد بسبب التأخير فى سداد الاجرة اذا ما قام المستأجر بالسداد قبل تمام التنفيذ. فاذا تعرض المشرع لحالة التكرار فى التأخير أو الامتناع ولم يلجأ الى اعمال الاستثناء - على فرض توافر مقتضياته - فان ذلك يعنى ارادة تطبيق الاصل على هذه الحالة.

٥٧- ولا يقدح في هذه النتيجة أو يؤثر فيها القول بأن قواعد التفسير تسمح بالقياس في هذا الشأن. فمن ناحية أولى، لا شك في أن اعتبار توكي تنفيذ الحكم بمثابة استثناء يجعل القياس عليه محل نظر، فالاستثناء عند جمهور الأصوليين لا يقاس عليه. ومن ناحية ثانية، فإنه على فرض السماح بالقياس على الاستثناء فإن مقترضاته لا تتوافر في حالتنا هذه: فهناك واقعة تأخير أو امتناع "وحيدة" قد يكون لها مبرر وهنا حالة "تكرار" للتأخير أو الامتناع ولم يثبت لها مبرر. ومن ناحية ثالثة، فإن المشرع وإن لم يصرح بعدم جواز توكي تنفيذ حكم الطرد للتكرار، فإن صياغته للمادة ١٨ (ب) ما يستشف منه تعبيراً ضمناً عن إرادة اقتصار مكنة توكي التنفيذ على التأخير أو الامتناع الوحيد ودون امتدادها إلى حالة التكرار. فهذه المادة قد حلت محل المادة ٣١ (أ) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وليس من جديد فيها سوى أن المشرع قد نقل العبارة التي تناولت حالة التكرار من موضعها المتقدم على مسألة توكي تنفيذ الحكم المبتعجل (وهو ترتيب ما كان يمنع من توكي تنفيذ الحكم المستعجل ولو كان الطرد بسبب التكرار) إلى موضع لاحق على مسألة توكي التنفيذ (١٧)، الأمر الذي يفهم منه وعى المشرع - وقد أعاد الترتيب ليس

(١٧) مع ملاحظة أن من الجديد أيضاً إضافة عبارة "ويشترط أن يتم التنفيذ في مواجهة المستأجر" وهي إضافة لا أثر لها بالنسبة للمسألة محل البحث، وهي أثر التكرار على توكي التنفيذ.

وأما إضافة عبارة "أو الطرد بحسب الأحوال"، فهي أيضاً من الجديد في الفقرة أ من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ بالمقارنة لما كان يقابلها في الفقرة أ من المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩. انظر في مغزى هذه الإضافة الأخيرة: هامش (١٨).

أكثر - بأن الحكم المستعجل الصادر نتيجة التكرار يخرج من مجال الاستثناء السابق عليه، وأنه يريد إخضاعه لحكم الأصل (١٨).

خلاصة القول إذن أن تكرار الامتناع أو التأخير في الوفاء بالأجرة مانع من توقي إصدار حكم الطرد (١٩)، (أو الإخلاء)، كما أنه مانع من توقي تنفيذ هذا الحكم. بمعنى أن سداد المستأجر للأجرة قبل إقفال باب المرافعة لا يحول دون إصدار حكم بطرده (١٠٠)، كما أن سداده للأجرة عند التنفيذ لا يدرء عنه

(٩٨) ولا يصح أن ينال من هذا النظر أو يفت في عضده القول بأن المشرع قد نقل عبارة "إذا تكرر امتناع المستأجر..." من موضعها المتقدم على موضوع مسألة توقي تنفيذ الحكم المستعجل وذلك إلى موضعها الحالي للالحق على توقي التنفيذ وذلك حتى ينصرف أثرها - والمتمثل أساساً في منع توقي إصدار حكم الإخلاء أو الطرد ولو قام المستأجر بالسداد قبل إقفال باب المرافعة - سواء على القضايا التي يختص بها القضاء العادي أو القضاء المستعجل على حد سواء. فهذا القول وإن كان لا يجافي الحقيقة، بحدس أن المشرع قد أضاف في النص الجديد عبارة "أو الطرد بحسب الأحوال" مما يؤكد أن التكرار كما يجيز إصدار حكم الإخلاء من محكمة الموضوع، فإنه يجيز أيضاً إصدار حكم الطرد من للقاضي المستعجل ولو قام المستأجر بالسداد قبل إقفال باب المرافعة، إلا أن الوصول إلى النتيجة وحدها - صومية أثر التكرار أي أن يخزم المستأجر من رخصة توقي إصدار حكم ضده بالإخلاء أو الطرد على حد سواء - كان يسير المنال بأن تظل العبارة التي تتناول حالة التكرار في موضعها المتقدم على مسألة توقي تنفيذ الحكم المستعجل مع تعديل بسيط في الصياغة يتمثل في إضافة عبارة "أو الطرد بحسب الأحوال". أما وقد قل المشرع في القانون الجديد بعمل كذا التعديل البسيط في الصياغة، ولكنه لم يقطع به فنقل العبارة التي تنظم حالة التكرار من موضعها القديم إلى نهاية الفقرة، فهو سلوك لا نجافي أيضاً الحقيقة إذا قلنا أنه يعبر بوضوح - وإن كان غير صريح - عن إرادته في أن تكرر التأخير في سداد الأجرة يؤدي ليس فقط إلى جواز الحكم المستعجل بالطرد - ولا يمكن درء صدوره بالسداد قبل إقفال باب المرافعة - وإنما أيضاً إلى عدم جواز درء تنفيذه بالسداد عند التنفيذ.

(٩٩) إلا إذا كان امتناعه أو تأخيره له مبرر قبلته المحكمة. فنص للمادة ١٨ (ب) يقول: "إذا تكرر امتناع المستأجر... دون مبررات تقدرها المحكمة..."

(١٠٠) فإذا كان سداد الأجرة قبل إقفال باب المرافعة يمنع إصدار حكم مستعجل بالطرد إذا كان التأخير في الوفاء لأول مرة (وذلك استناداً إلى الرخصة التي أقرتها المادة ١٨ (ب) في عبارتها التي تقول "... ولا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل إقفال باب المرافعة بسداد الأجرة..."، وحتى إذا لم توجد هذه الرخصة في النص، فإنه كان

التنفيذ^(١٠١)، كل ذلك بشرط أن يكون الطرد قد استند الى "تكرار" الامتناع أو التأخير في الوفاء بالاجرة

٥٨- والسؤال الذي يحق لنا أن نطرحه هنا ولا نخاله يخرج عن اطار هذه الدراسة - والتي تتعلق بالتنفيذ الجبرى - هو الآتى: متى نكون أمام حكم طرد مستعجل صدر بسبب تكرار امتناع المستأجر أو تأخيره في الوفاء بالاجرة المستحقة؟ ولا شك في اهمية تحديد هذا الحكم، اذ سوف يتضح لنا ما يبنى على ذلك من نتائج في مجال التنفيذ الجبرى.

لا صعوبة في الأمر اذا ظهر جليا من منطوق الحكم أو اسبابه انه صادر بالطرد بسبب تكرار امتناع المستأجر أو تأخيره في الوفاء بالاجرة المستحقة^(١٠٢).

= يمكن الوصول اليها من خلال فكرة تخلف ركن الاستعجال وكنت نظير الدعوى، فانه لا تتوافر بالنسبة لحالة التكرار مفروضات توقي صدور الحكم المستعجل. فمن ناحية لم ينص المشرع على توقي إصدار حكم الطرد إلا في غير حالة التكرار، ومن ناحية ثانية فلن سداد الاجرة أثناء قيام دعوى الطرد المستعجلة لا يزيل ركن الاستعجال إذا كان منشاء هو حالة التكرار.

(١٠١) ولذلك اذا فرضنا وقام المستأجر قبل اقفال باب المرافعة في دعوى الطرد المستعجلة بسبب "تكرار" الامتناع أو التأخير في الوفاء بالاجرة المستحقة، بسداد الاجرة ولم يقدم مبررات كدرتها المحكمة فحكمت عليه بالطرد رغم ذلك - وهو أمر جائز - فإن يكون مقبولا بعد ذلك تحديه بالنص الذى يعطى للمستأجر رخصة توقي تنفيذ حكم الطرد المستعجل، وذلك بالاستناد الى واقعة الوفاء السابقة، والا لأصبح النص على الحكم بالطرد عند التكرار - ورغم السداد - لغوا، وهو ما يجب ان ننزه عنه الشارع.

(١٠٢) وسوف يزداد الأمر تأكيداً لو كان الحكم قد تعرض لواقعة قيام المستأجر بالسداد قبل اقفال باب المرافعة وأن ذلك لم يحل دون صدور حكم الطرد بالنظر الى ان مبررات التكرار لم تنقح المحكمة.

كما لا صعوبة في الأمر أيضا اذا فرض وحدث أن حسم الحكم مسألة توكى التنفيذ فقاضى فيها مع مسألة الطرد (١٠٣).

انما تثور الصعوبة اذا لم يكن ممكنا استظهار ما اذا كان الحكم صادرا في دعوى عدم وفاء أو دعوى تكرار عدم وفاء. ووجه الصعوبة أنه سيكون من سلطة المحضر - وهو ليس من رجال القانون - التحقق من هذا أو ذاك ويتصرف على ضوئه. إذ لو انتهت قناعة المحضر إلى أن الحكم يعد صادرا في دعوى تكرار فانه لن يمتنع عن التنفيذ لمجرد سداد المستأجر للاجرة المستحقة، كما أنه لن يحرص على التحقق من ضرورة أن يكون التنفيذ في مواجهة المستأجر، فمثل هذا أو ذاك لا تثور لأيهما أهمية إلا بالنسبة للحكم الصادر في دعوى عدم وفاء دون تكرار (١٠٤).

(١٠٣) والواقع أنه من الصعب التسليم بأن لمحكمة دعوى الطرد أو الاخلاء سلطة التعرض لهذه المسألة. إذ أن الحكم إما أنه صادر في واقعة امتناع أو تأخير أولى وإما أنه صادر في واقعة تكرار. وفي الحالة الأولى يتوافر الحق في توكى التنفيذ، وفي الحالة الثانية ينتفى، وذلك بقوة القانون دون حاجة إلى ذكر ذلك في الحكم. تماما كما في حالات النفاذ المعجل بقوة القانون، فالمحكمة التي تصدر حكما يدخل ضمن هذه الحالات لا تتعرض لهذه المسألة حتى ولو كان قد طلب منها ذلك. ولعل في خضوع المحضر لإشراف قاضى التنفيذ ما يخفف من حدة المشكلة. إذ يستطيع المحضر أن يعرض أوراق التنفيذ - ومن بينها الحكم - على قاضيه لينصحه بما يجب فعله. ولكن الصعوبة في أن إشراف قاضى التنفيذ من حيث المبدأ هو إشراف "لاحق" ومن ثم فانه لا يطلع المحضر من المبادرة واتخاذ اجراءات التنفيذ وطرد المستأجر ثم يعرض الأوراق بعد ذلك على قاضى التنفيذ. ولن تكون مبادرة المحضر - في ذاتها - سببا لإبطال التنفيذ. على أن ما يخفف من ذلك مرة ثانية هو أن التعليمات الادارية لمحضرى التنفيذ تفرض عليهم - اداريا - استئذان قاضى التنفيذ مسبقا قبل تنفيذ احكام الطرد أو الاخلاء

كما أن طلب وقف التنفيذ الذى قد يرفعه المستأجر إلى المحضر عند التنفيذ وما يرتبه هذا الطلب من أثر موقوف للتنفيذ طبقا للمادة ٣١٢ مرافعات (عندما يكون طلبا أول، أو أول طلب مقدم منه بصفته الملتزم الأصلي في السداد التنفيذى) من شأنه أن

٥٩- بقی ان نشیر الى أن حالة التکرار تتوافر اذا كانت واقعة التأخیر أو الامتناع المرفوعة بها دعوی التکرار مسبوبة بواقعة تأخیر أخرى. علی أنه لا یکنی لتوافر واقعة التأخیر السابقة الاخری هذه أن یكون قد حدث مجرد فعل من افعال التراخی فی الوفاء وانما یجب أن یكون هذا الفعل قد رفعت به دعوی قضائية موضوعية بالاخلاء، بل وروعت فیها الاجراءات المنصوص علیها فی قانون الايجارات من إنذار ومهلة (١٠٠). علی انه یستوی بعد ذلك أن یكون فعل التأخیر السابق (١٠٦) قد حدث فی ظل القانون الحالی أو فی ظل قانون سابق، حتی ولو كان هذا الاخير لم یکن یعرف تکرار التأخیر کسبب للاخلاء (١٠٧).

= یتیح فرصة كافية لحسم مسألة ما إذا كان الحكم مما یتوقى تنفیذه أم لا، وهو ما یخفف كذلك من حدة المشكلة.

(١٠٥) فلا یکنی ان تكون الواقعة السابقة قد رفعت بشأنها دعوی بالطرد أمام القضاء المستعجل، انظر الاحکام المشار إليها فی هذا المعنى والمذكورة لدى عبد الحمید عمران، المرجع السابق، ص ٦٧، هامش ٣،٢ كما لا یکنی من باب اولی ان تكون واقعة التأخیر السابقة قد أدت فقط الى استصدار أمر اداء بالاجرة المتأخيرة (انظر نقض ١٧/١/١٩٨١، طعن رقم ٩٤٠ لسنة ٤٥ ق).

(١٠٦) والفرض انه قد ترقى المستأجر نتیجته بأن قام بسداد الاجرة قبل اقفال باب المراقبة فامتنع صدور حکم بالاخلاء، أو انه صدر نتیجة عدم السداد فقام المستأجر باستئنافه والسداد فحکم قضاء الاستئناف بالغائه، وفی کل لحظ المستأجر بالسكن. إذ لو كانت واقعة الامتناع الاولى قد أدت الى صدور حکم نهائی بالاخلاء، لکان معنى ذلك ان المستأجر قد اخلی مسكنه وبالتالي لا یتمصور ان تشور منازعة حول تکرار التأخیر.

(١٠٧) انظر نقض ١٥/٢/١٩٧٨ س ٢٩ ص ٤٧٨، مشار الیه لدى عبد الحمید عمران، المرجع السابق، ص ٦٦.

المبحث الثاني وقف الإخلاء الجبرى

٦٠- تمهيد:

قد يتوافر السند التنفيذي، ويأخذ الشكل المطلوب للتنفيذ، وتتوافر فيه شروط الحق فى الإخلاء الجبرى، ومع ذلك قد يتعطل التنفيذ لبعض الوقت. فقد يطلب المنفذ ضده وقف التنفيذ وتحكم له المحكمة المختصة بذلك، بل وقد يترتب مثل هذا الوقف منذ تقديم الطلب.

والسؤال الذى يطرح نفسه فى هذا الصدد هو: هل هناك حاجة الى نظام لوقف تنفيذ الإخلاء الجبرى رغم وجود سند تنفيذى يؤكد الحق فى الإخلاء؟ فإذا ما ثبت لدينا احتياج الإخلاء الجبرى إلى الوقف، كان علينا بعد ذلك التصدى للبحث فى مدى استجابة النظام القانونى لوقف التنفيذ لمثل هذه الحاجة وذلك بالنسبة لكل سند من سندات الإخلاء الممكنة على حدة. وهكذا يمكن ان نوزع الدراسة فى هذا المبحث بين مطالب اربعة نخصص الأول منها لمدى الحاجة الى تطبيق نظام وقف التنفيذ فى مجال الإخلاء الجبرى، ثم نخصص المطالب الثلاثة الباقية لدراسة تطبيقية على سندات الإخلاء المختلفة ونقصد بذلك أساسا الاحكام القضائية وقرارات النيابة العامة والقرارات الادارية.

المطلب الاول

الحاجة الى تطبيق نظام وقف التنفيذ فى مجال الاخلاء الجبرى

٦١- ليس هنا مكان المعالجة التفصيلية لحتمية الحاجة الى نظام لوقف التنفيذ فى مواجهة قابلية التنفيذ الجبرى عموما للالغاء وما قد ينجم عن ذلك من اضرار لن يكون ممكنا تلافيها الا من خلال وقف التنفيذ (١٠٨). وتبدو هذه الحاجة اكثر الحاحا فى مجال الاخلاء الجبرى.

ذلك ان سند الاخلاء الجبرى ليس بالضرورة محصنا ضد الالغاء، بل قد لا نتجاوز الحقيقة اذا قلنا بأن احتمالات هذا الالغاء واردة فى مجال الاخلاء الجبرى اكثر من مجالات أخرى كثيرة. فالحكم القضائى كسند للاخلاء وقبل الالغاء من خلال طرق الطعن العادية منها أحيانا أو غير العادية أحيانا أخرى. فإذا بدأنا بالحكم المستعجل للقاضى بالطرد نجد أنه وقبل الطعن فيه بالاستئناف فى جميع الاحوال، وهو طريق طعن عادى وبالتالي تكون فرصة الفائه متوافرة بدرجة كبيرة نظرا لجواز تقديم وقائع جديدة فى الاستئناف لم يسبق عرضها على القاضى المستعجل الذى اصدر الحكم. بل أن الحكم للمستعجل القاضى بطرد المستأجر لعدم الوفاء بالاجرة يتوجب الغاؤه فى الاستئناف اذا ما قام المستأجر بالوفاء بالاجرة ولو قبل اقفال باب المرافعة فى الاستئناف (١٠٩). وإذا ما ثبتنا بعد ذلك بالحكم الموضوعى الصادر بالاخلاء،

(١٠٨) انظر فى المعالجة التفصيلية لهذه المسألة: المؤلف، طلبات وقف التنفيذ، سابق الإشارة اليه، بند ٧ وما يليه.

(١٠٩) هذا ما لم يكن قد قام المستأجر بالوفاء بالاجرة ولو عند التنفيذ وترتب على ذلك ايضا درء الطرد.

فهو قد يصدر من المحكمة الابتدائية مشمولاً بالنفاذ المعجل وعندئذ يمكن الطعن فيه بالاستئناف ويفتح بذلك باب يمكن من خلاله الغاء. أما إذا كان حكم الاخلاء قد صدر - أو تأيد - من محكمة الاستئناف، فهنا أيضاً لن يعدم المحكوم عليه وسيلة لالغائه إذا ما توافر سبب من أسباب الطعن بالتماس اعادة النظر أو النقض.

وما يصدق على الحكم القضائي يصدق أيضاً على غيره من السندات التنفيذية في مجال الاخلاء. فهو يصدق على قرارات النيابة العامة الصادرة طبقاً للمادة ٤٤ مكرر مرافعات عندما تكون سنداً للاخلاء الجبرى. إذ هذه القرارات تقبل دائماً التظلم أمام القاضى المختص بالامور المستعجلة، والذي يمكنه الحكم بالغاءها^(١١٠). وحتى لو قررت النيابة ما يفيد الاخلاء وأيدها فى ذلك قاضى الامور المستعجلة، فإن فرصة الالغاء لا تزال قائمة من خلال الطعن بالاستئناف - ناهيك أنه طريق عادى وجائز دائماً - فى الحكم المستعجل. وهو يصدق أيضاً على القرارات الادارية والتي تقبل التظلم أو الطعن فيها بالالغاء.

٦٢- ومتى تأكد لدينا قابلية سند الاخلاء للالغاء، فإنه يترتب على هذا الفهم نتيجة منطقية مفادها قابلية عملية الاخلاء الجبرى ذاتها للالغاء^(١١١). وقد

(١١٠) فقد نصت المادة ٤٤ مكرر مرافعات على أنه بالنسبة للقرارات الصادرة من النيابة فى منازعة من منازعات الحيازة "... وفى جميع الاحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن أمام القاضى المختص بالامور المستعجلة... ويحكم القاضى فى التظلم بحكم وقتى بتأييد القرار أو بتعديله أو بالغاءه...".

(١١١) انظر فى الغاء التنفيذ كآثر يترتب على الغاء الاحكام بعد تنفيذها: د. احمد ز غول آثار الغاء الاحكام بعد تنفيذها، سابق الإشارة إليه، بند ٣٣ وما يليه.

يبدو لأول وهلة أن الغاء السند التنفيذي وما يستتبعه من الغاء الاخلاء كاف لعلاج المشكلة. والواقع ان هذا القول وان كان يبدو مقبولا حيث أن الالغاء هنا يعنى اعادة الحال الى ما كانت عليه، الا أن هذه الاعادة كثيرا ما تصطدم بعقبات لا يمكن التهورين منها من حيث الواقع أو القانون (١١٢). يكفي أن نشير في ذلك الى قيام مالك العقار بهدمه بعد اتمام الاخلاء وقبل الغاء سنده، أو بتأجيله الى مستأجر حسن النية بحيث لا يكون حكم الالغاء حجة في مواجهته. مثل هذه الواقعة أو تلك تؤدي الى استحالة أو تعذر اعادة الحال الى ما كانت عليه. وحتى اذا كانت اعادة الحال "ممكنة" فاتها لن تكون دائما "كاملة". إذ أن حرمان المنفذ ضده من الانتفاع بالعين أو استغلالها خلال الفترة بين الاخلاء والالغاء لن يكون ممكنا اشباعه بأثر رجعي، وانما سيقصر ذلك على الفترة التي تبدأ منذ الالغاء فقط (١١٣).

٦٣- وأمام هذه المضار التي قد تصيب المنفذ ضده والذي تم اخلاؤه جبرا من المكان وأعيد له الحق في الرجوع ثانية، كانت الحاجة الى نظام لوقف التنفيذ بداية عندما يكون مرجح الالغاء. فمثل هذا الوقف يحول دون الاخلاء رغم وجود الحق فيه، وبالتالي يجنب المهدد به مخاطر عدم امكان أو عدم كفاية اعادة الحال الى ما كانت عليه، وبحيث لا يتم التنفيذ الا اذا لم يعد

(١١٢) انظر في هذه العقبات: للمؤلف، المرجع السابق، بند ١٣ وما يليه.
(١١٣) ولا يقدح في هذه النتيجة القول بأن المنفذ ضده سوف يستحق تعويضا عن الفترة التي حرم خلالها من العين. فمثل هذا التعويض يتوقف الحكم به على ضرورة توافر عدة شروط قد لا تكون متوافرة. يكفي أن نشير في هذا الصدد إلى أن مجرد تنفيذ صاحب الحق في الالغاء لسنده لا يعد في ذاته خطأ حتى يمكن أن تقوم لمسئوليته قیامة. انظر في شروط التعويض عند الغاء التنفيذ كثر لالغاء سنده خاصة اذا كان هذا الأخير حكما: د. احمد زغلول: للمرجع السابق، بند ٢٢٤ وما يليه.

سند الاخلاء قبله للالغاء. فعندئذ ان يكون هناك مبرر للوقف اللهم الا اذا كان هناك عيب فى اجراءات التنفيذ ذاتها.

ومتى أوضحنا هذه المعانى، فان توفى الاخلاء الجبرى من خلال نظام وقف التنفيذ بعد حلا مثاليا يجب العثور عليه فى التنظيم القانونى للاخلاء الجبرى والا وجب بطلانه.

والواقع ان التنظيم القانونى للتنفيذ الجبرى عموما يعرف قواعد لوقف التنفيذ. تنطبق على التنفيذ بالاخلاء كما تنطبق على غيره من صور التنفيذ المباشر وكذلك على التنفيذ بالحجز. نقصد بذلك التنظيم القانونى لطلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن (١١١).

فاذا تناولنا هذا التنظيم فى انطباقه على الاخلاء الجبرى، فان نقطة الانطلاق لتحديد رأينا من خلال التفرقة بين السندات التنفيذية المختلفة التى يمكن ان تصلح سندا للاخلاء الجبرى.

المطلب الثانى

وقف الاخلاء الجبرى الصابر به حكم قضائى

٦٤- عندما يكون سند الاخلاء الجبرى حكما قضائيا، فان وقف التنفيذ يمكن الوصول اليه من خلال طلب بذلك يقدم إما لمحكمة الطعن وإما لمحكمة

(١١٤) انظر فى دراسة تفصيلية لهذا النظام: المؤلف، المرجع السابق.

التنفيذ، وذلك بحسب السبب الذى يستند اليه الطلب، كما يتصور الجمع بين الطريقتين عند تعدد السبب وتنوعه.

٦٥- فيمكن طلب وقف التنفيذ من محكمة الطعن وبمناسبة الطعن فى حكم الاخلاء. تستوى فى ذلك محكمة الطعن العادى أم غير العادى. فعندما يكون سند الاخلاء حكما مستعجلا فانه يمكن طلب وقف تنفيذه من محكمة الاستئناف تبعا للاستئناف المرفوع بالفعل أمامها فى الحكم المستعجل والمشمول - بالطبع - بالنفذ المعجل. وحتى اذا كان سند الاخلاء حكما موضوعيا ولكنه مشمول بالنفذ المعجل^(١١٥)، فان طلب وقف تنفيذه من محكمة الاستئناف تبعا للطعن المرفوع عن هذا الحكم يعد مقبولا. أما اذا كان الحكم سند الاخلاء حكما حائزا لقوة الأمر المقضى لصدوره من محكمة الاستئناف، فان فرصة إيقاف تنفيذه لن تكون معدومة. اذ قد يكون هذا الحكم قابلا للطعن فيه بالتماس اعادة النظر أو النقض عند وجود سبب من اسباب هذا الطعن أو ذلك، وعندئذ ايضا يجوز تقديم طلب بوقف التنفيذ تبعا للطعن المرفوع.

السند التشريعى فى كل ما سبق هو نص المادة ٢٩٢ مرافعات ومن قبلها المادتان ٢٤٤ و ٢٥١ من القانون نفسه. فالاولى اعطت للمنفذ ضده طلب وقف التنفيذ من محكمة الاستئناف اذا كان الحكم بالاخلاء أو الطرد مشمولا بالنفذ المعجل، والثانية اعطت له نفس المكنة ولكن امام محكمة الالتماس اذا كان حكم الاخلاء نهائيا ومحل طعن بالالتماس، أما الثالثة فقد اعطت له ايضا

(١١٥) نحن نستبعد - بالطبع - من نطاق البحث حالة ما اذا كان الحكم الموضوعى بالاخلاء ابتدائيا وغير مشمول بالنفذ المعجل. فعندئذ لا يكون مثل هذا الحكم سندا تنفيذا وبالتالي لا حاجة الى طلب وقف تنفيذه من محكمة الطعن.

مكنة طلب الوقف ولكن من محكمة النقض عندما يكون حكم الاخلاء نهائيا مطعوننا فيه بالنقض.

على أنه يشترط لعقد الاختصاص بطلب الوقف لمحكمة الطعن أيا كانت أن يكون السبب الذي يستند اليه طالب الوقف عيبا يتعلق بالحكم سند التنفيذ ويرجح معه الغاؤه (١١٦)، وليس عيبا يتعلق بالعملية التنفيذية. كما انه يشترط لقبول الطلب ألا يكون الاخلاء قد تم وقت تقديم الطلب أو حتى بعد تقديمه وقبل الحكم فيه (١١٧)، وأن يقدم طلب الوقف بالتعبئة للطعن (١١٨). فإذا ما انعقد الاختصاص لمحكمة الطعن وكان الطلب مقبولا، فإنه يشترط للحكم بالوقف أن يتوافر ركن الاستعجال أو الضرر الموصوف (١١٩)، كما يشترط أن يتوافر ركن ترجح الغاء الحكم (١٢٠).

(١١٦) انظر في وجوب هذا الشرط كمعيار للاختصاص بطلبات الوقف والذي عقده المشرع - استثناء - لمحكمة الطعن في بعض الاحوال: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٣٦ وما يليه.

(١١٧) انظر في هذا الشرط من شروط القبول، والاستثناء المقرر في هذا الشأن بالنسبة لطلبات الوقف المقدمة لمحكمة النقض حيث أن تمام التنفيذ بعد تقديم طلب الوقف أن يحول دون قبوله وبحيث ينصرف اثر الحكم الصادر بالوقف عندئذ الى ما حدث من تنفيذ منذ تقديم الطلب وبذلك: المؤلف، المرجع السابق، بند ٣٢ وما يليه.

(١١٨) انظر في المقصود بشرط التعبئة هنا: المؤلف، المرجع السابق، بند ٥٧ وما يليه.

(١١٩) انظر في ضرورة توافر الضرر الجسيم اذا كان طلب الوقف مقدما لمحكمة الاستئناف، وضرورة ان يضاف الى صفة الجسامة في الضرر صفة اخرى هي تعذر التدراك اذا كان الطلب معروضا على محكمة الالتماس أو النقض، والمقصود بهذه المعايير: المؤلف، المرجع السابق، بند ٩٢ وما يليه.

(١٢٠) انظر في ضرورة هذا الشرط حتى بالنسبة للحكم بالوقف من محكمة الالتماس أو النقض رغم عدم النص عليه صراحة بصدها: المؤلف، المرجع السابق، بند ١١٠ وما يليه.

٦٦- وبالإضافة الى مكتة طلب وقف تنفيذ حكم الاخلاء من محكمة الطعن، فانه يجوز للمنفذ ضده أن يطلب أيضا الوقف من قاضى التنفيذ عندما يستند فى طلبه الى عيب يتعلق بالنشاط التنفيذى ذاته، كما لو أريد اجراء الاخلاء الجبرى ضده دون سبق اتخاذ مقدمات التنفيذ مثلا. فاستناد طلب الوقف الى مثل هذا السبب يجعل الاختصاص منعقدا لقاضى التنفيذ، باعتبار أننا أمام منازعة تنفيذ وقتية جعلها المشرع من اختصاص قاضى التنفيذ دون غيره وذلك طبقا للمادتين ٢/٢٧٥ و ٣١٢ مرافعات (١٢١).

فاذا ما انعقد الاختصاص بطلب الوقف لقاضى التنفيذ، ثارت مسألة القبول بعد ذلك. وهنا يكفى ألا يكون التنفيذ قد تم وقت تقديم الطلب حتى يكون مقبولا. أما اذا اكتمل التنفيذ بعد تقديم الطلب وقبل الحكم فيه، فان قبول الطلب رغم ذلك سوف يتأثر الا فى أحوال استثنائية (١٢٢). ولا يشترط غير ذلك لقبول الطلب، بمعنى أنه لا يشترط هنا أن تكون المنازعة للموضوعية التى يستند اليها طالب الوقف قد رفعت (١٢٣). واذا انعقد الاختصاص وتوافر القبول، فان شروط الحكم بالوقف من قاضى التنفيذ بحكمها - كما فى حالة طلبه من

(١٢١) انظر فى انعقاد الاختصاص لقاضى التنفيذ دون غيره بطلب الوقف المستند الى مثل هذا السبب: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٦٤ وما يليه.

(١٢٢) نقصد بذلك الاحوال التى يكون فيها رفع طلب الوقف موقفا للتنفيذ بقوة القانون ورغم ذلك تم التنفيذ بعد رفعه. انظر فى هذه المسألة: المؤلف، المرجع السابق، بند ٣٦.

(١٢٣) انظر فى عدم ضرورة هذا الشرط لقبول طلب الوقف الدخلى فى اختصاص قاضى التنفيذ والحكمة من عدم ضرورته: المؤلف، المرجع السابق، بند ٥١ وما يليه.

محكمة الطعن - شرطان هما الاستعجال - وان كان مفترضا هنا (١٢٤) -
وترجح الغاء التنفيذ (١٢٥).

٦٧- وإذا كان طلب وقف التنفيذ الداخل في اختصاص قاضي التنفيذ
يختلف في سببه - وهو ما قلناه - عن ذلك الداخل في اختصاص محكمة
الطعن، فإنه من المتصور اللجوء بطلب مستقل لوقف الاخلاء الجبرى الى كل
منهما، وانعقاد الاختصاص لكليهما في نفس الوقت (١٢٦).

وتبدو أهمية هذا الجمع من الناحية العملية على نحو ظاهر. إذ أن طلب
الوقف المقدم لمحكمة الطعن لا يترتب على مجرد تقديمه أى أثر بالنسبة
للتنفيذ، والذي يصح أن يستمر وينتهى تماما رغم أن الطلب مازال قائما. بل
ان تمام التنفيذ بعد تقديم الطلب يجعله من حيث المبدأ غير مقبول باستثناء
طلب الوقف من محكمة النقض. ففائدة طلب الوقف من محكمة الطعن لن
تتحقق الا بعد صدور حكم بالوقف من هذه المحكمة وعلى فرض أن التنفيذ لم
يكن قد تم قبل ذلك. بينما طلب الوقف المقدم لمحكمة التنفيذ فإنه يترتب
وبمجرد رفعه وقفا حتميا للاخلاء وبقوة القانون ولو تم ابداءه شفاهة أمام
المحضر عند التنفيذ، وذلك عندما يكون أول طلب وقف موجه الى عملية
الاخلاء أيا كان مقدمه، أو أول طلب مقدم من المحكوم عليه بالاخلاء ولو كان

(١٢٤) انظر في افتراض الاستعجال والحكمة منه بالنسبة لطلبات الوقف الداخلة في
اختصاص قاضي التنفيذ على عكس الحال بالنسبة لتلك الداخلة في اختصاص محكم
الطعن: المؤلف، المرجع السابق، بند ٨٩ وما يليه.

(١٢٥) انظر في الحجج التي يستند اليها وجود هذا الشرط للحكم بالوقف من قاضي التنفيذ
رغم عدم وجود نص صريح بذلك: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٠٤ وما يليه.

(١٢٦) انظر في مدى جواز الجمع بين طلب الوقف المقدم لقاضي التنفيذ وذلك المقدم
لمحكمة الطعن عموما، المؤلف، المرجع السابق، بند ١٧٧ وما يليه.

قد سبق تقديمه لهذا الطلب تقديم طلب وقف من شخص آخر ما دام لم يتم اختصاص أو دخول المحكوم عليه في خصومة الطلب السابق (١٢٧). صحيح أن هذا الوقف بقوة القانون لن يدوم طويلا وأن دوره سينتهي بصدر الحكم في طلب الوقف - والذي قد يقضى بالوقف أو يرفضه - إلا أن فائدته العملية لا يمكن أنكارها. فالإخلاء عملية تنفيذية تتم على مرحلة واحدة وعادة في يوم واحد. ولذلك فإن إيقافها بقوة القانون بناء على الطلب المرفوع لقاضي التنفيذ عندما يكون مرتبا لهذا الأثر، يتيح فسخه من الوقت لا يتم خلالها التنفيذ وقد يصدر خلالها حكم بالوقف من محكمة الطعن. أما إذا لم يوجد مثل هذا الطلب الموقوف، فإن مكنة وقف التنفيذ من محكمة الطعن قد تنتهي الى عدم. إذ أن قيام المحكوم له بتنفيذ الإخلاء رغم وجود طلب الوقف معروضا على محكمة الطعن لهو أمر جائز، بل أن مثل هذا التنفيذ سيحول أصلا دون صدور حكم بالوقف من محكمة الطعن، باعتبار أن الطلب سيكون غير مقبول بسبب تمام التنفيذ (١٢٨).

ولعل هذه الفائدة العملية التي يتيحها تقديم طلب الوقف المقدم لقاضي التنفيذ في بعض الأحوال بالمقارنة لتلك التي لا يتيحها مجرد تقديمه لمحكمة الطعن، هي السبب الذي يدفع المنفذ ضده الى تقديم طلب الوقف لقاضي التنفيذ ول لم يكن لديه في الواقع وجه حقيقى للمنازعة في عملية التنفيذ. فقد يكون

(١٢٧) انظر في هذه المسألة، المؤلف، المرجع السابق، بند ٢١٦ وما يليه، وبند ٢٢٦ وما يليه.

(١٢٨) اللهم إلا إذا كان طلب الوقف مقدما الى محكمة النقض. فطالما ان الإخلاء لم يكن قد تم وقت تقديم الطلب، فإن تمامه اللاحق لن يحول دون قبول الطلب والحكم فيه بالوقف، وبحيث يكون للحكم الصادر بالوقف هنا أثرا رجعيا ينسحب الى اجراءات الإخلاء التي اتخذت منذ تقديم الطلب فيلغيها. انظر في هذه المسألة: المؤلف، المرجع السابق، بند ٤١ وما يليه.

كل ما يريد في الحقيقة من تقديم هذا الطلب هو تعطيل التنفيذ لبعض الوقت لعله يتمكن خلاله من استصدار حكم بالوقف بناء على الطلب الآخر المقدم لمحكمة الطعن (١٢٩).

المطلب الثالث

وقف الاختلاء الجبري الصادر به قرار من النيابة العامة

٦٨- عندما يكون سند الاختلاء قرارا وقتيا صادرا من النيابة العامة بمقتضى المادة ٤٤ مكرر مرات، فإن التوصل الى إيقاف الاختلاء الجبري يمكن أن يتأتى من خلال طلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم، وهنا المسألة ليست خلافية. كما يمكن في رأينا - وعلى خلاف في الفقه - أن يتأتى الوقف من خلال طلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ.

٦٩- فهائسبة لطلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم، فقد أجازته المادة السابقة حين أجازت التظلم من قرار النيابة أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة والأذى .. له بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه الى أن يفصل فى التظلم". ويشترط لانحداد اختصاص محكمة التظلم بهذا الطلب أن يكون مستندا الى وجه من أوجه المنازعة فى قرار النيابة ذاته كان يكون صادرا عن عضو نيابة بدرجة أدنى من رئيس نيابة، أو صادرا غير مسبب، أو دون سماع أقوال الصادر ضده أو دون تمكنه من ذلك، أو دون

(١٢٩) أنظر فى الحل المقترح لتلافي عدم التماثل فى قدر تقديم الطلب بوقف التنفيذ، وتلافي- بالتالى - لساءة استعمال الطلب الموقف أمام قاضى التنفيذ: المؤلف، للمرجع السابق، بند ٤٩.

اجراء التحقيق اللازم، أو لأى سبب يمكن أن يؤدى الى الغاء القرار أو تعديله (١٣٠).

فإذا انتقلنا من مرحلة الاختصاص الى مرحلة القبول، فإن هذه المسألة ليست هى الأخرى طليقة من القيود. إذ أن النص يتطلب صراحة شرطاً بعد من شروط القبول، كما أن منطق الحماية الوقتية يتطلب شرطاً آخر. أما شرط القبول الذى يتطلبه النص فهو أن يكون طلب الوقف مقبلاً بالتبعية للتنظيم، وهو الشرط المستفاد من المادة ٤٤ مكرر سابق الإشارة إليها حين قررت أن للقاضى المختص بالامور السمتجلة "بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه..." فعبارة "طلب المتظلم" وعبارة "القرار المتظلم منه" يقطعان بما لا يدع مجالاً للشك بأنه لا يجوز اللجوء الى قاضى الامور السمتجلة بطلب وقف التنفيذ استقلاً ودون أن يكون هناك تظلم مرفوع صحيح ومقبول من قرار النيابة (١٣١). وأما شرط القبول الذى يفرضه منطق

(١٣٠) ويلاحظ أن النص وإن لم يشترط هذا الشرط صراحة لاتعقاد الاختصاص لمحكمة التنظيم بطلب الوقف، إلا أنه شرط يفرضه القواعد المحددة لاختصاص قاضى التنفيذ دون غيره بمنازعات التنفيذ، بحيث أن انعقاد الاختصاص بطلبات الوقف - وهى من منازعات التنفيذ - لغيره ينحصر فى الحالات التى يكون فيها الطلب مستنداً الى عيب يمس السند التنفيذى ذاته ويؤدى - إن صح - الى فائه، وبحيث يتقضى الاختصاص فيما عدا ذلك منعقداً لقاضى التنفيذ، كما لو كان الطلب مستنداً الى عيب فى اجراءات التنفيذ ذاتها.

انظر فى ذلك: ما يلى بند ٧١ وانظر أيضاً مزيداً من التفصيل: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٦١ وما يليه.

(١٣١) وهو نفس الشرط المطلوب توافره أيضاً بالنسبة لطلب الوقف من محكمة التنظيم من الأوامر على عرائض طبقاً للمادة ٢٩٢ مرافعات، وبالنسبة كذلك لطلب الوقف من محكمة الطعن بالاستئناف أو الاتماس أو للنقض طبقاً للمادة السابقة والمادتين ٢٤٤ و ٢٥١. انظر فى شرط تبعية طلب الوقف للطعن بالنسبة للحكم القضائى عندما يكون هو سند الاخلاء: ما سبق بند ٦٤، وبالنسبة للقرار الادارى عندما

الحماية الوقتية والتي ينتمى إليها طلب الوقف (١٣٢)، فهو ألا يكون التنفيذ قد تم وقت تقديم الطلب وإلى حين الفصل فيه (١٣٣).

وإذا كان طلب الوقف مقبولا فإنه لكي يحكم لقاضى التظلم بوقف التنفيذ فإنه يجب أن يتحقق من ضرورة توافر شرطين هما شرط الاستعجال وشرط ترجح الإلغاء، فهما شرطان موضوعيان للحكم بوقف التنفيذ عموما (١٣٤)، فبالنسبة للاستعجال فيلاحظ أن المادة ٤٤ مكرر لم تشترط درجة معينة من الضرر الذى يتوافر به ركن الاستعجال. ولذلك يمكن القول بأن هذا الشرط الأول متوافر دائما فى طلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم بالنظر إلى أنه طلب مستعجل بطبيعته (١٣٥). أما شرط ترجح إلغاء الأمر، فرغم أن المشرع لم ينص عليه إلا أن منطق الحماية الوقتية يتطلبه (١٣٦).

-
- = يكون هو أيضا سند الإخلاء؛ ما يلى بند ٧٧. ونظر فى هذا الشرط بالنسبة لطلبات وقف التنفيذ عموما: المؤلف، المرجع السابق، بند ٥٠ وما يليه.
- (١٣٢) انظر فى الطبيعة الوقتية دائما لطلب وقف التنفيذ أيًا كان القضاء المختص به وأيًّا كان سبب الطلب، المؤلف، المرجع السابق، بند ١٢٨ وما يليه.
- (١٣٣) ذلك لأنه إذا تم التنفيذ فى وقت لاحق على تقديم الطلب سيتخلف أيضا شرط الاستعجال المبرر للحماية الوقتية مما يجعل الطلب غير مقبول، خاصة وأننا لن نكون أمام حالة من الحالات الاستثنائية التى يكون فيها تمام التنفيذ اللاحق على تقديم طلب الوقف غير مائع من قبوله والحكم بوقف التنفيذ بأثر رجعى. انظر فى مشكلة تمام التنفيذ اللاحق على تقديم طلب وقف التنفيذ عموما، المؤلف، المرجع السابق، بند ٣٤ وما يليه.
- (١٣٤) انظر فى ضرورة توفّر الشرطين أيًا كان القضاء المختص بطلب الوقف: المؤلف، المرجع السابق، بند ٨٣ وما يليه.
- (١٣٥) انظر فى توافر الاستعجال أيضا دائما بالنسبة لطلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ رغم عدم النص على توافره: المؤلف، المرجع السابق، بند ٨٩ وما يليه.
- (١٣٦) انظر فى ضرورة هذا الشرط دائما للحكم بوقف التنفيذ حتى بالنسبة لقاضى التنفيذ أو محاكم الطعن أو التظلم عموما: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٠٠ وما يليه.

وهكذا يمكن التوصل الى إيقاف لتنفيذ قرار النيابة المصادر بالاخلاء، وذلك من خلال طلب وقف يقدم بمناسبة التظلم من هذا القرار أمام قاضى الامور المستعجلة. ولا يجب أن يغيب عن البال أن مجرد تقديم الطلب هنا لا يوقف التنفيذ، وانما يترتب هذا الوقف على صدور حكم بذلك - ان توافرت شروطه - من قاضى التظلم(١٣٧).

ولكن هل يمكن ايقاف تنفيذ قرار النيابة مبكرا والى حين صدور الحكم بوقفه من محكمة التظلم، والذي قد يتأخر صدوره على نحو يجعل المنفذ ضده معرضا للخلاء الجبرى فى أية لحظة، نظرا لأن قرار النيابة هذا يعد سندا تنفيذيا يقبل التنفيذ فور صدوره(١٣٨)؟

٧٠- لحل الوسيلة التى قد تفلح فى ايقاف المبكر لقرار النيابة هى طلب وقف تنفيذه من قاضى التنفيذ بالتطبيق للمادة ٣١٢ مرفعات، والتى ترتب على مجرد تقديم طلب الوقف الأول - والمسمى الاشكال الأول - ولو أمام المحضر شفاهة عند التنفيذ عدم تمام هذا الأخير وذلك بقوة القانون، بل وترتب هذا الاثر أيضا على تقديم طلب الوقف التالى - ولو بنفس الطريقة - فى بعض الاحيان(١٣٩). فهل هناك ما يحول دون جواز الاشكال الوقتى فى

(١٣٧) والحكم الصادر بوقف التنفيذ أو برفض الوقف يعتبر قرارا صادرا فى طلب وقضى. ولهذا فإنه يقبل الطعن فيه بالاستئناف فوراً دون انتظار الحكم الصادر فى التظلم. انظر: د. فتحى والى، الوسيط فى قانون القضاء المدنى، سابق الإشارة إليه، بند ٦٤ مكرر وانظر فى النظام القانونى للحكم الصادر فى طلب وقف التنفيذ عموماً، المؤلف، المرجع السابق، بند ٢٣٣ وما يليه.

(١٣٨) انظر فى هذه القابلية للتنفيذ التى يتمتع بها قرار النيابة رغم قابليته للتظلم: ما سبق، بند ٣١.

(١٣٩) انظر فى أن عبارة الاشكال الواردة فى المادة ٣١٢ مرفعات لا يقصد بها سوى طلب بوقف التنفيذ: المؤلف، المرجع السابق، هامش ٣، ص ١٦٦.

تنفيذ قرار النيابة الصادر بالاخلاء مع ما يمكن أن يترتب على ذلك من اثر واقف للاخلاء الجبرى بقوة القانون؟

يذهب جانب من الفقرة (١٤٠) الى عدم جواز رفع اشكال فى تنفيذ قرار النيابة العامة أمام قاضى التنفيذ، وهو يعول فى ذلك على أن هذا القرار لا يعد سندا تنفيذيا بالمعنى المفهوم فى قانون المرافعات.

٧١- وإذا كان هذا رأى يؤيده العمل (١٤١) إلا أنه لا يصادف لدينا قبولا. فمن ناحية أولى بعد قرار النيابة فى مواد الحيازة صادرا طبقا للمادة ٤٤ مكرر من قانون المرافعات. وهو قد يصدر بالزام بالاخلاء مثلا - وهو الفرض محل البحث - ويقبل التنفيذ الجبرى فورا، مما يجعله سندا تنفيذيا بالمعنى المفهوم فى قانون المرافعات ويدخل تحت عبارة "الاوراق الاخرى" التى يعطيها القانون صفة السند التنفيذى والتى ذكرتها المادة ٢/٢٨٠ مرافعات كسندات تنفيذية (١٤٢).

ومن ناحية ثانية فان اعتبار هذا القرار بمثابة سند تنفيذى يجعل عملية تنفيذ الجبرى خاضعة لأحكام الكتاب الثانى من قانون المرافعات الخاص بالتنفيذ وبالتالي لأحكام المادة ٣١٢ مرافعات والتى تنتسب لهذا الكتاب. ومما

(١٤٠) انظر : د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٦٦ مكرر.
(١٤١) فالكتاب الدورى رقم (١٥) "نيابة عامة" الصادر فى ١٠/١/١٩٩٢ ينبه على اعضاء النيابة العامة مراعاة الاكى: "... ثالثا: لا يجوز فى أى حال من الاحوال وقف تنفيذ القرار الا بأمر من قاضى الامور المستعجلة المختص بنظر التظلم".
(١٤٢) انظر فى صلاحية قرار النيابة العامة كسند تنفيذى للاخلاء: مما سبق، بند ٣٠ وما يليه.

قد يعزز من هذا التفسير أن هذه المادة قد وردت في الباب الأول المخصص للأحكام العامة، وأن عباراتها من العموم (١١٣)، بحيث لا يجوز اخراج الاستكالات الموجهة ضد عملية التنفيذ التي يكون سندها قرار النيابة العامة من نطاق اعمال هذه المادة بدون نص (١١٤).

ومن ناحية ثالثة فإن تنظيم المشرع لوسيلة لوقف تنفيذ هذه القرارات من خلال طلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم وبمناسبة هذا التظلم، لا يحول دون امكانية وجود وسيلة ثانية الى جوارها هي طلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ. فهذا الطلب الأخير يحقق غاية يعجز عنها احيانا الطلب الأول، وهى إيقاف التنفيذ بقوة القانون حين أن يقول القضاء كلمته فى طلب الوقف. وتبدو الحاجة الى تحقيق هذه الغاية أكثر إلحاحا فى مجال الاخلاء الجبرى لما يترتب غالبا على اتمامه - وهو فى ذلك يستغرق وقتا صغيرا - من فقد أسرة لمسكنها - ولو مؤقتا - فى وقت عز فيه البديل. فإيقاف التنفيذ بقوة القانون لبعض الوقت ربما يتيح الفرصة لكى يظل المنفذ ضده شاعلا للعين الى أن تقول محكمة التظلم كلمتها فى طلب الوقف المقدم اليها. ثم ان لكل طلب سببه المختلف والذى قد لا يصلح سببا لطلب يقدم الى القضاء الآخر. فطلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم يستند الى عيب فى السند التنفيذى أى قرار النيابة، بينما

(١٤٣) ولا أدل على عموم عبارات المادة ٣١٢ من استخدام المنفذ ضدهم للأشكال الوقتى بطريقة تلقائية حتى بصدد سندات لا يجوز اخضاعها لحكم هذه المادة، كما فى حالات القرارات أو الأحكام الإدارية. فنظر مع ذلك فى جواز تقديم طلبات وقف طبقا لهذه المادة لذا كان السند قرارا اداريا بالاخلاء: ما يلى، بند ٧٥.

(١٤٤) فعندما أراد المشرع أن يخرج الاشكالات التى ترفع بصدد تنفيذ احكام النفقة والصادرة طبقا للقانون ٧٦/٦٢ من نطاق اعمال حكم المادة ٣١٢ مرافعات، وتحديدًا فيما يتعلق بعدم جواز ترتيبها لأثر موقف للتنفيذ بقوة القانون لمجرد رفعها من المحكوم عليه، نص على ذلك صراحة. فنظر فى هذه المسألة: المؤلف، المرجع السابق، هامش (١) ص ٢٦٩ وما بعدها.

طلب الوقف المقدم لمحكمة التنفيذ يستند الى عيب فى عملية التنفيذ ذاتها ولا يجوز ان يستند الى عيب فى القرار ذاته. ولذلك لا يوجد ما يمنع من جواز الجمع بينهما» (١٤٥).

ولكن ان يكون معنى ذلك ان ابداء طلب الوقف امام قاضى التنفيذ من شأنه - وعلى فرض انه طلب أول - ايقاف التنفيذ لحين الفصل فى التظلم او حتى الفصل فى طلب الوقف المقدم بمناسبة هذا التظلم لقاضيه. فطلب الوقف المقدم لمحكمة التنفيذ يستند - او يجب ان يستند - الى عيب فى العملية التنفيذية ذاتها، ولذلك فهو من هذه الناحية يعد مستقلا عن طلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم والذى يستند - او يجب ان يستند - الى عيب فى السند التنفيذى أى قرار النيابة ذاته، ومستقلا من باب أولى عن التظلم ذاته والذى يستهدف الغاء القرار أو تعديله وليس مجرد وقف تنفيذه. ولذلك فان طلب الوقف المقدم الى قاضى التنفيذ سوف يترتب على رفعه ايقافا للتنفيذ بقوة القانون لحين الفصل فيه من هذا القاضى وليس لحين الفصل فى التظلم أو فى طلب الوقف المقدم لقاضى التظلم. صحيح أنه قد يحدث خلال فترة الايقاف هذه ان يتم الفصل فى طلب الوقف المقدم الى محكمة التظلم أو الفصل فى "تظلم ذاته، الا أنه يجب أن يظل ماثلا فى الذهن انه لا يوجد ربط حتمى بين

(١٤٥) ولذلك يبدو لنا منتقدا الرأى الذى لا يتصور استخدام طلب الوقف أمام قاضى التنفيذ مع طلب الوقف أمام قاضى التظلم. انظر فى هذا الرأى: خيرى الكباش، المرجع السابق، ص ٥١. فهذا الرأى قد رتب على مجرد طلب الوقف من قاضى التنفيذ ان يظل الحال كما هو عليه الى ان يتم الفصل فى التظلم، ولذلك كان منطوقا بالنسبة له الا تكون هناك مصلحة من طلب الوقف بمناسبة التظلم. وسوف نرى أن الأساس الذى بنى عليه هذا المنطق ليس له اعتماد تشريعى مما يهدم بالتالى نتيجته: انظر، الهامش التالى.

استمرار فترة الايقاف بقوة القانون وبين واقعة أن الفصل فى التظلم أو فى طلب الوقف المقدم بمناسبته لم تتحقق بعد(١١٦).

ومن ناحية رابعة، فإن تعبير المشرع عن ارادة تنفيذ قرار النيابة فوراً لا يجب أن يكون هو الآخر حائلاً دون مكنة ايقاف هذا التنفيذ ولو بقوة القانون بناء على رفع طلب الوقف بالتطبيق للمادة ٣١٢ مرافعات. ذلك لأن الحاجة الى حماية تنفيذية سريعة والتي كانت وراء تقرير النفاذ المعجل فى بعض الحالات، وبقوة القانون حيناً وبحكم القضاء حيناً آخر، لم تكن مبرراً فى القانون المصرى لى يتخلص امامها نطاق المادة ٣١٢ مرافعات. فالاشكال

(١٤٦) ولذلك لا يبدو مؤسسا من وجهة نظرنا الرأى الذى يسمح للمتضرر من قرار النيابة بأن يبدى للمحضر اشكاله فى التنفيذ بقصد وقفه لحين التظلم من هذا القرار خلال مهلة الخمسة عشر يوما أمام قاضى الامور المستعجلة، فإن تظلم من هذا القرار خلال الموعد المحدد ظل الحال كما هو عليه لحين الفصل فى التظلم بحكم وقضى، ولذا لم يتظلم من هذا القرار فى الميعاد المحدد اعتبر الاشكال كأن لم يكن ويتم تنفيذ قرار النيابة فوراً. انظر فى هذا الرأى: خيرى للكباش، المرجع السابق، ص ٥٠.

فهذا الرأى وإن تحمسنا له من حيث الأصل، أى من حيث إجازته لطلبات وقف تنفيذ قرارات النيابة العامة أمام قاضى التنفيذ طبقاً للمادة ٣١٢ مرافعات، إلا أن ذلك لا يجب أن يحجب عنا ما يمكن أن يرد عليه من انتقاد، وذلك من ناحيتين: الأولى أنه جعل لطلب الوقف أمام قاضى التنفيذ أثراً واقفاً للتنفيذ بقوة القانون لحين الفصل فى التظلم المرفوع فى الميعاد. ولا نعتقد أن لهذا الحكم ما يؤيده قانوناً. فكما قلنا فى المتن ليس هناك علاقة بين هذا الطلب والتظلم ولا حتى بينه وبين طلب الوقف المقدم لمحكمة التظلم.

والثانية أنه قد اعتبر طلب الوقف - أو الاشكال - المقدم لقاضى التنفيذ كأن لم يكن إذا لم يتم التظلم فى القرار خلال الميعاد. وهذا أيضاً تفتقد هذه النتيجة الى اساس قانونى. فطلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ يستند - أو يجب أن يستند - الى عيب فى العملية التنفيذية ذاتها ولذلك فهو مستقل عن التظلم. لا لا مانع من يصدر الحكم فى طلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ بوقفه ولو بعد فوات ميعاد التظلم وحتى ولو لم يرفع اصلاً تظلم. كما أنه لا مانع من صدور هذا الحكم ثم يصدر بعد ذلك حكم فى التظلم بتأييد قرار النيابة، وإن يكون قرار التأييد هنا لاغياً لحكم الوقف، بل سنظل عملية التنفيذ موقوفة، وإن كان يمكن البدء فى عملية تنفيذ جديدة.

الوقتى بطلب وقف التنفيذ طبقا لهذه المادة جائز ولو بصدد تنفيذ حكم مستعجل وهو مشمول بالنفاذ المعجل بقوة للقانون. بل أن هذا الاشكال جائز - ويرتب أثرا واقعا للتنفيذ بقوة القانون لمجرد رفعه اذا كان اشكالا أول - ولو كان الحكم مأمورا بتنفيذه بموجب مسودته، والمعروف أن الأمر بذلك لا يكون الا فى المواد المستعجلة أو فى الاحوال التى يكون فيها للتأخير ضارا (مادة ٣٨٣ مرافعات)، وأنه اذا كان التنفيذ بموجب المسودة فانه حتى مقدمات التنفيذ - من اعلان وانتظار مهلة - لن تكون مطلوبة. صفوة القول اذن أنه مهما كانت حالة الاستعجال فان طلب الوقف طبقا للمادة ٣١٢ مرافعات لا يتعطل، فلماذا يتعطل فى حالات مستعجلة أخرى هى تلك التى تصدر بها قرارات من النيابة العامة طبقا للمادة ٤٤ مكرر مرافعات؟ لا نعتقد أن هناك مبررا للفرقة.

٧٢- ولا يصح أن يفت من عضد رأينا هذا والذي اتينا بحجج أربعة لاثباته، القول بأن قرار النيابة قد يكون بمناسبة منازعة حيازة جنائية وليس مدنية، وأن الحفاظ على استقرار المجتمع وحقق الدماء بين المتنازعين يتطلب أن تكون القوة التنفيذية لقرار النيابة غير قابلة للتعطل بوسيلة سهلة هى طلبات الوقف طبقا للمادة ٣١٢ مرافعات. فالواقع أن هذا الاعتبار رغم وجاهته الا أنه لم يمنع المشرع نفسه من السماح للمتظلم من القرار أن يطلب وقف تنفيذه من قاضى التظلم ولو كان القرار صادرا فى منازعة حيازة جنائية. فالسماح بايقاف تنفيذ قرار النيابة مسألة لا شك فى اقرار المشرع بها، كل ما هنالك أننا نريد اعطاء هذا الاقرار مدى واسعا لعدم وجود نص يضيق منه (١٧). وفضلا

(١٤٧) فيجب للتذكير ثانية بأنه عندما أراد المشرع أن يستبعد ترتيب أثر موقف بقوة القانون لمجرد رفع الاشكال الوقتى طبقا للمادة ٣١٢ مرافعات، اضطر الى النص

عن ذلك فإن انطواء منازعة الحيابة على جريمة جنائية من الجرائم المنصوص عليها فى باب انتهاك حرمة ملك الغير يعطى للنياية سلطة اقامة الدعوى الجنائية واتخاذ تدابير تحفظية، كالحبس الاحتياطى، وهو ما يكفل الحفاظ على الاستقرار وحسن النماء، ودون الحاجة الى التأثير على مراكز الخصوم تجاه الحيابة على نحو قد يصعب تداركه بعد ذلك اذا لم يقف التنفيذ. وبالتالي لا يجوز أن يكون الوجه الجنائى للمنازعة حائلا دون اعمال المادة ٣١٢ مرافعات.

٧٣- وهكذا نصل الى نتيجة مفادها أنه وان كان نص المادة ٤٤ مكرر مرافعات لا يعبر صراحة عن جواز الاشكال الوقتى أمام قاضى التنفيذ بصدد قرارات النياية الصادرة طبقا لهذه المادة، الا أنه ايضا لا يعبر عن عدم جوازه. ونظرا للحجج التى قلنا بها أننا نرى جواز ابداء طلبات لوقف تنفيذ قرارات النياية الأمرة بالاخلاء - أو بغيره مما يقبل التنفيذ الجبرى - وذلك أمام قاضى التنفيذ - ولو بابدائها أمام المحضر عند التنفيذ - مع ما يترتب على ذلك من نتائج وأهمها الأثر الواقف بقوة القانون لمجرد رفعها اذا كانت طلبا أول أو أول طلب يقدمه الطرف الملتزم بالاخلاء والذي صدر ضده القرار، وذلك تطبيقا للمادة ٣١٢ مرافعات، وبحيث يستمر هذا الأثر مترتبا لحين الفصل فى هذا الطلب من قاضى التنفيذ أو الحكم فى التظلم من قاضى الأمور المستعجلة بإلغاء القرار، أيهما أقرب.

= على ذلك صراحة، وهو ما فعله بخصوص تنفيذ احكام النفقة التى تصدر بالتطبيق للقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦.

المطلب الرابع

وقف الاخلاء الجبرى الصادر به قرار ادارى

٧٤- عندما يكون سند التنفيذ قرارا اداريا(١٠٩)، فالاصل أنه يجرى تنفيذه بالطريق الادارى، وليس بطريق التنفيذ القضائى والذى يقوم به المحضر تحت اشراف قاضى التنفيذ. كما ان منازعات تنفيذه - ومنها طلبات وقفه - لن تكون من اختصاص هذا القاضى والذى يتبع جهة القضاء العادى، تلك الجهة التى يمتنع عليها من حيث المبدأ الغاء أو تأويل القرار الادارى أو أن توقف تنفيذه. نصت على حظر تأويل القرار الادارى أو وقف تنفيذه - ومن باب أولى الغائه - بواسطة جهة القضاء العادى المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢. الا أن هذه المادة نفسها قد استثنت من ذلك القرارات الادارية التى يخول القانون لجهة القضاء العادى حق الفصل فيها.

ومن بين المسائل المتصلة بالقرارات الادارية ويختص بها القضاء العادى فى هذا الشأن(١٠٠)، مانص عليه قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سابق الاشارة اليه، ونقصد بذلك تحديدا قرارات الاخلاء الصادرة تطبيقا للفصل الثانى - من الباب الثانى - المخصص للمنشآت الآيلة للسقوط والترميم والصيانة. فهذه القرارات يختص بنظر الطعن فيها المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها

(١٤٩) انظر ما سبق، بند ٣٣ وما يليه.

(١٥٠) انظر فى تعداد بعض هذه المسائل: حسين عبد السلام جابر، الطلبات المستعجلة فى قضاء مجلس النولة، نهضة للقانون، ١٩٨٩، بند ١٠٧.

العقار (١٠١). ويتفرع على ذلك أن ولاية وقف تنفيذ هذه القرارات - أو منازعات تنفيذها عموما - تدخل في اختصاص جهة القضاء العادي.

٧٥- والسؤال الأول الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: هل يمكن طلب الوقف من قاضي التنفيذ بالتطبيق للمادة ٣١٢ مرافعات وذلك في مواجهة الاخلاء الجبري المستند الى قرار اداري؟

لن نشور أدنى شبهة بصدد اختصاص قاضي التنفيذ بنظر منازعات تنفيذ الأحكام الصادرة في الطعون التي يمكن توجيهها الى هذه القرارات. فهذا الحكم يعد صادرا من جهة القضاء العادي والتي يتفرع منها قاضي التنفيذ. ويترتب على ذلك أنه يمكن تقديم طلب بوقف تنفيذ الحكم الصادر في الطعن في هذه الحالة، وذلك طبقا للمادة ٣١٢ مرافعات مع ما يستتبعه ذلك من إيقاف التنفيذ بقوة القانون اذا كان طلبا أول.

وحتى لو ظل سند الاخلاء هو القرار الإداري ذاته - وليس الحكم الصادر في الطعن فيه - فإن اختصاص قاضي التنفيذ بنظر منازعاته لا يجب أن يكون أيضا محلا لخلاف. ذلك لأن منح المشرع لجهة القضاء العادي ولاية نظر الطعون المتعلقة بهذه القرارات يجعل منازعات تنفيذها من

(١٥١) انظر على سبيل المثال للمادتان ٥٩ و ٦٣ من قانون ٤٩ لسنة ٧٧. وانظر كذلك المادة ٥ منه والتي جعلت للمحاكم العادية دون غيرها الاختصاص بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون. وانظر تعليق د. احمد أبو الوفا على هذه المادة الاخيرة، ولها تؤكد على أنه لا اختصاص لمحاكم مجلس الدولة في نظر أي منازعة ناشئة عن تطبيق هذا القانون: التعليق على قانون إيجار الأماكن، سابق الإشارة إليه، ص ١٣٦.

اختصاص نفس الجهة، وتحديدًا من اختصاص قاضي التنفيذ والذي يختص نوعيًا - داخل هذه الجهة - بمنازعات التنفيذ^(١٠٧). وما دام قاضي التنفيذ هو المختص بمنازعات تنفيذ قرار الاخلاء هنا - حتى ولو كان الاخلاء يجرى بالطريق الادارى - فانه يمكن رفع طلب بوقف التنفيذ أمام هذا القاضي ويمكن ان يترتب على مجرد رفعه إيقاف التنفيذ بقوة القانون، كما لو كان أول طلب بالوقف، أو أول طلب بالوقف يقدم من الملزم بالاخلاء ولوسبقه طلب آخر بالوقف ولكن لم يتم اختصاصه فيه، وكل ذلك بالتطبيق للمادة ٣١٢ مراتع.

٧٣- ومتى سلمنا بما تقدم فاننا نتساءل عن طريقة رفع طلب الوقف في مثل هذه الاحوال. وبصياغة اخرى اكثر تحديدًا فاننا نتساءل: هل يجوز رفع طلب الوقف هنا بابدائه أمام السلطة العامة عند قيامها بالاخلاء بالطريق الادارى؟.

السبب الذي أوحى إلينا بهذا التساؤل هو أن نص المادة ٣١٢ مراتع يجيز رفع طلب الوقف أمام المحضر عند التنفيذ ولو شفاهة، وترتب على ذلك ما يترتب على ايداع صحيفة الطلب قلم كتاب محكمة التنفيذ، أى أن الطلب يعد مرفوعًا ومرتبًا لأثره الموقف للتنفيذ - في الحالة التى يترتب فيها هذا الاثر - منذ اللحظة التى يقدم فيها الطلب - ولو شفاهًا - للمحضر، وهو ما يحقق مصلحة حيوية للمنفذ ضده حيث يوقف التنفيذ في الحال اذا كان تنفيذًا

(١٥٢) انظر في اختصاص قاضي التنفيذ بنظر المنازعات التى تنشور بشأن تنفيذ القرار الادارى الذى يختص القضاء العادى بنظر الطعن فيه بنص خاص: د. عزى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٩٢ وما يليها.

مباشرا بالاخلاء مثلا لعدم جواز اتمام التنفيذ منذ لحظة رفعه ما دام انه يرتب اثرا موقفا للتنفيذ. ولا يوجد محضر عند الاخلاء بالطريق الادارى عندما يكون سند الاخلاء قرارا اداريا، فهل يمكن القياس فى هذه الحالة بحيث يترتب الوقف الحتمى للتنفيذ بمجرد ابداء طلب الوقف أمام ممثل السلطة العامة عند التنفيذ اذا كان طلب الوقف هذا طلبا أول؟

الواقع انه لا يجوز فى رأينا القياس على الحكم الوارد فى المادة ٣١٢ مرافعات والتى تسمح استثناء بتقديم طلب وقف التنفيذ الى محكمة التنفيذ وذلك من خلال ابدائه أمام المحضر عند التنفيذ ولو شفاهة. فمثل هذه الطريقة الاستثنائية فى رفع الدعاوى يجب أن يقتصر اعمالها فى الحدود التى قررها النص، رغم أنه قد توجد مصلحة للمنفذ ضده فى القياس. فهذه المصلحة - وإن بدت معقولة - الا انها لا تبرر الخروج على قواعد رفع الدعاوى.

الخلاصة انن أن الاخلاء بالطريق الادارى استنادا الى قرار ادارى وإن كان يقبل طلب إيقافه من محكمة التنفيذ، الا ان طريقة تقديم هذا الطلب تنحصر فقط فى الطريقة المعتادة لرفع الدعاوى وهى إيداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة.

على أنه رغم ذلك تظل احتمالية ابداء طلب الوقف أمام المحضر قائمة حتى ولو كان سند الاخلاء قرارا اداريا. فاذا فرض وتنازلت الادارة - وهى تملك ذلك - عن اللجوء الى الطريق الادارى فى التنفيذ وطلبت تنفيذ الاخلاء تنفيذا قضائيا بواسطة المحضر، فعندئذ لا مانع من طلب الوقف ولو بإبدائه شفاهة أمام المحضر عند التنفيذ.

٧٧- وبعد أن اتضح لنا جواز طلب وقف التنفيذ من قاضى التنفيذ فى حالات الاخلاء المستند الى قرار ادارى، فان التساؤل الذى يثور بعد ذلك هو الاكثى: هل يمكن أيضا طلب وقف التنفيذ من المحكمة الابتدائية التى يطعن أمامها فى القرار الصادر بالاخلاء بالغائه؟

الواقع أنه انطلاقا من قاعدة أن قاضى التنفيذ يختص دون غيره بمنازعات التنفيذ، فقد يثور فى ذهن البعض أن المشرع وقد أعطى لمحاكم الطعن فى الأحكام أو للتظلم من الأوامر أو قرارات النيابة سلطة وقف تنفيذ الاحكام المطعون فيها أو الأوامر والقرارات المتظلم فيها، كما أعطى لمحاكم مجلس الدولة نفس السلطة بالنسبة للقرارات الادارية المطعون فيها بالالغاء، فان القياس يقتضى اعطاء السلطة نفسها لمحكمة الطعن أو للتظلم من القرار الادارى الصادر بالاخلاء وهى المحكمة الابتدائية. وقد يسعى هذا القول الى البحث عن سند للقياس ويظن أنه يمكن أن يجده فى أن طلبات الوقف التى تقدم لمحكمة الطعن أو للتظلم إنما تستند الى عيب فى السند التنفيذى ذاته ويترجح معه الغاؤه وبالتالي فهى تعد مشتقة من الطعن ذاته، بينما طلبات الوقف التى تقدم لقاضى التنفيذ إنما تستند الى عيب فى اجراءات التنفيذ وهى مسألة مختلفة. فمثل هذا القول ان وجد(١٠٣) لن يصادف ادينا قبولاً نظرا لعدم استناده الى اساس من القانون. فالواقع أن الاختصاص الاستثنائى المقرر لقاضى التنفيذ بطلبات الوقف والمستمد من المادتين ٢٧٥ و ٣١٢ من المعات لا

(١٠٣) انظر فى وجود صدى لهذا الراى فى مجال توزيع الاختصاص بين محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن بخصوص طلبات وقف التنفيذ عموما، والرد عليه: المؤلف، المرجع السابق، بند ١٢٥ وما يليه.

يجوز الخروج عليه الا بنص، وهو ما فعله المشرع مثلاً عندما أراد أن يجعل لمحاكم الطعن في الاحكام أو التظلم من الأوامر نصيباً في هذا المجال طبقاً للمواد ٢٤٤ و ٢٥١ و ٢٩٢ مرافعات، وكذلك المادة ٤٤ مكرر بخصوص قرارات النيابة العامة. بحيث ان تخلف هذا النص بخصوص قرارات الاخلاء الادارية عند الطعن فيها أمام المحكمة الابتدائية يعنى ارادة المشرع فى الالتزام بالاصل العام وهو اختصاص قاضى التنفيذ وحده بطلبات الوقف هنا. ثم ان التفرقة بين طلبات الوقف التى يمكن تقديمها لقاضى التنفيذ وتلك التى تقدم لمحاكم الطعن ليست تفرقة من حيث "الطبيعة"، فقد برهننا (١٥٤) على أن طلبات وقف التنفيذ أياً كان السبب الذى تستند إليه إنما هى من طبيعة واحدة، وأنه ليس فى الاختصاص الطبيعى لقاضى التنفيذ ما يحول دون نظر جميع طلبات الوقف حتى المستندة إلى عيب فى السند التنفيذى ذاته حتى ولو كان هذا السند حكماً قضائياً، وأن اختصاص محاكم الطعن ببعض طلبات الوقف استثناء لم يكن لينعقد لها لولا نص المشرع. ولذلك، وفى ظل غياب النص بالنسبة للقرارات الادارية الصادرة بالاخلاء، لا ينعقد للمحكمة الابتدائية التى تنتظر الطعن فى هذه القرارات أى اختصاص بطلبات وقفها، وان هذا الاختصاص لا يجب أن يخرج من يد قاضى التنفيذ حتى ولو كان السبب الذى يستند إليه طلب الوقف عيباً فى القرار الادارى ذاته. فالحكم بالوقف المستند إلى مثل هذا السبب لا يعنى الفصل فى أصل الحق، وإنما هو حكم يتناول فقط الأمر بأجراء وقضى هو وقف التنفيذ مؤقتاً، وهذا لا يضع أى قيد على محكمة الطعن فى القرار حين تتجه إلى الحكم بالفائته إن وجدت أن لذلك مبرر.

المبحث الثالث

مدى جواز توقي الاخلاء الجبرى

عند عدم توافر المسكن البديل

٧٨ - قد يكون الاخلاء واردا على مكان للسكنى، ويترتب على اجرائه أن يجد المنفذ ضده هو وأسرته وأثاث منزله فى الطريق العام. فهل هذا الظرف يمنع من التنفيذ؟

لا يوجد فى قانون المرافعات ولا فى قوانين الاجار ما يوجب درء التنفيذ - أو حتى وقفه - لهذا السبب. وانطلاقا من قاعدة أن السند التنفيذى مفترض كاف للتنفيذ الجبرى بحيث لا يجوز منع تنفيذه (لا لمانع قانونى، فإن عدم توافر سكن بديل للمنفذ ضده وإن كان اعتبارا انسانيا وواقعا (لا أنه ليس محل اعتبار فى القانون. وتكون النتيجة المتفقة مع القانون - وإن كنا نوافق عليها على مضمض - هى أن هذا العامل ليس سببا قانونيا لدرء التنفيذ أو حتى لوقفه.

كل ما يمكن التعويل عليه لتلافى أضرار التنفيذ حينئذ هو أمور ثلاثة:
الأول هو ما ترتبه المادة ٣١٢ مرافعات على مجرد تقديم إشكال وقتى فى التنفيذ عندما يكون هذا الاشكال موقفا للتنفيذ بقوة القانون^(١٠٠). صحيح أن

(١٥٥) كما لو كان يمثل أول اشكال ، أو كان يمثل أول اشكال مقدم من الملتزم فى السند التنفيذى ولو كان مسبوقا باشكال لم يختصم فيه الملتزم فى السند. أنظر فى آثار تقديم الاشكال فى مثل هذه الأحوال: المؤلف، طلبات وقف التنفيذ، سابق الإشارة إليه، بند ٢٠٩ وما يليه.

الاشكال هنا لا يكون مرتكزا على أساس قانونى سليم - فالفرض انه ليس من سبب لطلب الوقف سوى عدم وجود مسكن بديل - إلا أن ما يتيح رفعه من تعطيل فوري^(١٥٦) للتنفيذ حتى حين قد يسمح للمنفذ ضده بالعثور على مسكن بديل مما يجنبه ذلك الاخلاء الجبرى الحال.

الثانى هو ما قد يمنحه قاضى التنفيذ المنفذ ضده من مهلة للاخلاء. صحيح أنه إذا كان التنفيذ بموجب حكم قضائى - وهذا هو الشائع - فإن قاضى التنفيذ لا يملك إمهال المنفذ ضده وذلك بعد صدور الحكم عليه بضرورة الاخلاء وهو ما يعنى الفورية^(١٥٧)، إلا أن سلطة قاضى التنفيذ فى الامهال قد تكون قانونية - فى نظر البعض - إذا كان سند التنفيذ ليس حكما قضائيا^(١٥٨).

الثالث هو أنه إذا توجب الاخلاء ولم يعد منه بد، فإن الاستعانة بالقوة العامة والسلطة المحلية يكون عادة متوجبا نظرا لما يلقاه المحضر من

(١٥٦) نظرا لأن التنفيذ بالاخلاء مما يتم على مرحلة واحدة. انظر فى الوقف الحتمى للتنفيذ هنا: المؤلف، المرجع السابق، بند ٢١٧.

(١٥٧) انظر فى أنه إذا كان التنفيذ بموجب حكم فانه لا تملك أية محكمة إمهال المدين بعد صدور الحكم عليه بإداء الدين فورا: د. أبو الوفاء، التعليق، ص ١٠٣٨.

(١٥٨) انظر فى احتمالات التنفيذ بموجب سند تنفيذى لا يكون حكما، ما سبق بند ٢٤ وما يليه. وانظر فى سلطة قاضى التنفيذ فى الإمهال هنا: د. أبو الوفاء، المرجع السابق، ص ١٠٣٨.

مقاومة في مثل هذه الأحوال^(١٥٩). فعسى أن تقوم السلطة المحلية - وقد علمت بحالة الاخلاء - بما يلزم لإيواء المنفذ ضده وأسرته^(١٦٠).

(١٥٩) في ضرورة الاستعانة بالقوة العامة إذا احتاج لتنفيذ كسر الأبواب أو استعمال القوة الجسدية: ما يلي بند ٨٨ وما يليه.

(١٦٠) وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي هو الآخر لا يعتبر عدم توافر المسكن البديل مانعاً من تنفيذ حكم أو محضر صلح الاخلاء. ولطريف أنه أثناء مناقشة قانون البناء والإسكان الفرنسي اقترح بعض النواب نصاً بمقتضاه يمنع الاخلاء إلا إذا تم عرض السكنى في مكان بديل يلبي لم شمل الأسرة واحتياجات أفرادها للسكن، إلا أن هذا الاقتراح تم رفضه واستعوض عنه بفكرة عدم جواز تنفيذ احكام الاخلاء في فصل الشتاء وكذلك همة المسؤول عن البوليس في العمل على اعادة للتسكين. أنظر في هذه المسألة:

الفصل الثالث

محل الإخلاء الجبرى وأطرافه

المبحث الأول

محل الإخلاء الجبرى

٧٩ - محل التنفيذ المباشر هو محل الحق الموضوعى الذى لم يف به المدين^(١٦١)، وهو فى ذلك يختلف عن محل التنفيذ بالحجز والذى لا يتحدد بمحل الحق الموضوعى وإنما بأى مال من أموال المدين مما يجوز حجزه. فعندما يكون الالتزام الوارد فى السند التنفيذى محله مبلغا من النقود، فإن محل التنفيذ بالحجز - وهو طريق التنفيذ الواجب اتباعه عندئذ - سوف يكون أى مال منقول أو عقارى يملكه المدين مما يجوز حجزه. أما عندما يكون الالتزام الوارد فى السند التنفيذى محله عين أو عمل - أو بصفة عامة أى شئ غير المبلغ النقدي - فإن محل التنفيذ المباشر - وهو طريق التنفيذ الواجب اتباعه عندئذ - سوف يكون ذات العين أو العمل محل الالتزام.

٨٠ - فإذا انتقلنا بعد ذلك من هذا التعميم إلى حيز التخصيص وتساءلنا عن محل التنفيذ المباشر بالإخلاء - وهو التنفيذ الذى تتشغل به هذه الدراسة - لوجدناه "المكان" الذى يلتزم المنفذ ضده بأن يتخلى عنه لصاحب الحق فى الإخلاء والمعين فى السند التنفيذى. فإذا كان هذا الأخير حكما قضى

(١٦١) انظر: د. فتحى والى، التنفيذ الجبرى، سابق الإشارة إليه، بلد ٩٢، د. عزمى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

بإخلاء العين المؤجرة من شاعليها بعد انتهاء العقد، فإن محل الإخلاء هو ذات العين. فلأن محل الالتزام هنا هو المحل المباشر للتنفيذ، سمي هذا الأخير تنفيذا مباشرا، ولأن هذا التنفيذ ينصب على عين ما أمر به السند التنفيذي، وصف هذا التنفيذ بأنه عيني^(١٦٢).

والمكان الذي يرد عليه الإخلاء الجبري ليس له شروط معينة^(١٦٣)، فهو وإن كان في الغالب عقارا إلا أنه قد يكون منقولا. كما أنه قد يكون مبنيا أو أرض فضاء. وقد يكون مالا عاما أو خاصا، وقد يكون مخصصا للسكنى أو لغير ذلك من الأغراض.

فبالغالب أن يكون المكان محل الإخلاء عقارا، كأن يكون أرضا أو مبنى. ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون الإخلاء واردا على منقول لتخذ "نزلا" مثل الخيمة أو ما يسمى "كرفان" أو باخرة أو عوامة معدة لإيواء الأشخاص^(١٦٤).

(١٦٢) أنظر: د. عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص ٣.
(١٦٣) بخلاف الحال في محل التنفيذ بالحجز حيث أن هناك أموالا لا يجوز الحجز عليها لعدم ملكية المدين لها أو لعدم قابليتها للتصرف فيها، أو لأن المشرع يلص على عدم جواز الحجز عليها لاعتبارات مختلفة. أنظر في شروط محل التنفيذ بالحجز، المؤلف، قانون التنفيذ الجبري، ص ١٤٧ وما بعدها.
(١٦٤) ويلاحظ أن القانون الفرنسي يسمح بتطبيق قواعد الإخلاء على العقارات وكذلك على الأماكن المسكونة *lieux habites*. وقد اظهر الفقه أن هذه للنزل المنقولة تدخل تحت عبارة الأماكن المسكونة.
أنظر في ذلك:

وعندما يكون محل الاخلاء عقارا، فإنه قد يكون أرضا أو مبنى^(١٦٥).
والأرض قد تكون زراعية أو أرض قضاء. والمبنى قد يكون سكنيا أو غير
سكني^(١٦٦). والسكن قد يكون مفروشا أو غير مفروش^(١٦٧).
ويستوى في المكان محل الاخلاء أن يكون تحت يد أحد الأفراد أو
أحد الأشخاص الاعتبارية العامة. كما يستوى أن يكون المكان ذاته من
الأموال الخاصة أو العامة^(١٦٨).

المبحث الثاني أطراف الإخلاء الجبرى

٨١ - تمهيد وتحديد: فى ظل نظام ينطلق من اعتبار أساسى مقتضاه

(١٦٥) كل ما هنالك أن المباني قد تكون لها أسباب إخلاء لا يجوز استصدار سند
تنفيذى إلا لتوافر احدها، بينما الأراضى - خاصة للقضاء - يمكن طلب اخلائها
لأسباب غير محددة على سبيل الحصر.
(١٦٦) كما لو كان مخصصا للاستغلال التجارى أو الصناعى أو الحرفى أو المهنة
الحرية كعيادة طبيب أو مكتب محامى. ولقد طبق القضاء الفرنسى قواعد الاخلاء
الجبرى فى حالات كان فيها محل الاخلاء مرة "مصنعا" ثم احتلاله بواسطة
العمال المضربين، ومرة أخرى "دور عبادة" كان موضوعا عليه الهد بغير سند
قانونى.

أنظر فى ذلك: C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 3.
(١٦٧) يلاحظ أن المادة ١٨ من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الخاص بإيجار الأماكن والتي
تنظم حالات اخلاء الأماكن تطبق على الأماكن ولو كانت مفروشة، بل وتضيف
حالة انتهاء المدة الى أسباب الاخلاء إذا كان المكان مفروشا.
(١٦٨) بخلاف الحال لو كان للتنفيذ جبرى بطريق الحجز. فالملك المملوك للدولة ملكية
عامة لا يجوز الحجز عليه (م ١٨٧ مدنى). وحتى المال المملوك لها ملكية
خاصة فإنه لا يقبل الحجز فى نظر الكثير من الفقه فى مصر. أنظر فى وجهتى
نظر فى المسألة: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٩٩.
ويلاحظ أنه بالنسبة لمحل الاخلاء الجبرى فى فرنسا فإن الرأى هناك يسمح
بتطبيق قواعد الاخلاء المنظمة طبقا لقانون ٩ يوليو ومرسوم ٣١ يوليو على
الأراضى المملوكة للدولة وتدخل فيما يسمى Domaine Public.
أنظر فى ذلك: C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 3.

أنه يحظر على الدائن أن يقتضى حقه بنفسه^(١٦٩)، كان طبيعياً أن وضعت الدولة على عاتقها هي مهمة التنفيذ الجبرى بأن عهدت إلى أحد موظفيها العموميين القيام بما يلزم لاقتضاء حق الدائن بناء على طلبه وذلك فى مواجهة المنفذ ضده. ولعامل التنفيذ أن يستعين بالقوة العامة. وسوف تنطبق هذه الأحكام على التنفيذ بالإخلاء. فأشخاص التنفيذ بالإخلاء هم طالب التنفيذ والمنفذ ضده وسلطة التنفيذ.

وإذا كان تحديد المنفذ ضده لا يثير فى هذا الصدد مشكلة^(١٧٠)، فإن الذى يستدعى البحث هنا هو التأكيد على صاحب الحق فى الإخلاء وعدم سلطته فى مباشرته بنفسه، ثم التأكيد على احتكار المحضر لسلطة الإخلاء الجبرى، وأخيراً تكييف الدور الذى تقوم به القوة العامة فى هذا الصدد.

المطلب الأول

ليس لصاحب الحق فى الإخلاء مباشرته بنفسه

٨٢- إذا كان مبدأ عدم جواز الاقتضاء الذاتى للحق قد فرض على صاحب هذا الأخير أن يستجمع أولاً بيده سنداً تنفيذياً من بين تلك التى يعطيها القاتلون هذه الصفة، فانه مبدأ من الاتساع بحيث أنه قد منعه - حتى مع وجود

(١٦٩) "Nul ne peut se faire justice a soi - meme".

(١٧٠) فنحن بصدد تنفيذ "عقبي". فإذا كانت الإجراءات توجه إلى الملتزم بالإخلاء وفقاً للسند التنفيذى، إلا أن إخلاء المكان يعنى إخلاءه من كل ما يشغله أيما كانت صفة الأشخاص المتواجدين فيه.

هذا السند والافرار بأنه مفترض كافٍ للتنفيذ - من أن يباشر عملية التنفيذ بنفسه.

فاذا أردنا ان نلتصق سندا تشريعيا يكشف عن وجود هذا المنع فى قانوننا فيكفى ان تشير الى نص المادة ٦ مرافعات والذي يؤكد على أن كل.. تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم..، وهو المعنى الذى استعذب المشرع للتأكيد عليه مرة ثانية فى كتاب التنفيذ تحديدا حين نصت المادة ٢٧٩ على ضرورة أن "يجرى التنفيذ بواسطة المحضرين وهم ملازمون باجرائه بناء على طلب ذى الشأن".

وليس يخاف علينا أن حصر الحق فى مباشرة التنفيذ فى شخص مختلف عن صاحب السند التنفيذى يفيد فى نفس الوقت منع هذا الأخير من القيام به بنفسه. وسوف تزداد قناعتنا بهذه النتيجة حين يظهر لنا أن المشرع كان واعيا بوجود صاحب الحق الثابت فى السند التنفيذى، بدليل أنه قد حدد له دوره والمتمثل فقط فى مجرد تقديم طلب التنفيذ.

وعلى أية حال فإن منع صاحب الحق من مباشرة التنفيذ هو حكم لا يحتاج الى مزيد تأكيد. ونظرا لاطلاقه فإنه ينطبق أيضا كان طريق التنفيذ بطريق الحجز كان أم مباشرا، وهو ما يطوى بين جنباته بالتالى منع صاحب الحق فى الاخلاء الجبرى من مباشرة الاخلاء بنفسه.

٨٣- يبقى بعد ذلك أن نتساءل عما إذا كان يجوز إجراء التنفيذ بالإخلاء في حضور طالبيه. السبب الذي أوحى إلينا بهذا التساؤل هو وجود نص المادة ٣٥٥ مرافعات والذي تجرى عبارته على أنه "لا يجوز توقيع الحجز في حضور طالب التنفيذ". ويتقصى القصد الذي أملى على المشرع هذا النص تبين لنا أنه الرغبة في منع استغلال المدين ورعاية شعوره وحماية النظام والأمن^(١٧١). ألا تبرز حكمة النص هذه الخروج على صريح عبارته وامتداد حكمه ليشمل التنفيذ المباشر أيضا - والإخلاء تنفيذ مباشر - نظرا لتوافر نفس الحكمة هنا أيضا؟ لا نعتقد في خطأ الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب. فالقياس على ما يبدو يتوافر له سنده، ولذلك يمكن القول بأن قانونية حضور طالب الإخلاء عملية التنفيذ هي محل شك^(١٧٢).

على أنه لا مانع من حضور مندوب عن طالب الإخلاء - كما لا مانع من حضور مندوب الحاجز^(١٧٣) - حيث لا تتوافر الحكمة من المنع.

^(١٧١) انظر: د. أبو الوفاء، المرجع السابق، بند ١٢.
^(١٧٢) ولأن الجزاء الذي يترتب على مخالفة المادة ٣٥٥ مرافعات هو الإعلان لعيب شاب الإجراءات لم تتحقق بسببه الغاية منها بشرط أن يكون طالب التنفيذ قد حضر الحجز وتمسك المنفذ ضده بوجوب استبعاد خصمه ولم يمثل (انظر في هذا الجزء: د. أبو الوفاء، التعليق، سابق الإشارة إليه، ص ١٣٢٨)، فإن القياس يؤدي إلى القول بأنه لكي يترتب بطلان الإخلاء هنا يجب أن يكون طالب الإخلاء قد حضر عملية التنفيذ وتمسك المنفذ ضده بوجوب استبعاد الطالب فلم يمثل.
^(١٧٣) انظر في أن حضور مندوب الحاجز عملية الحجز لا تترتب أي بطلان: د. أبو الوفاء، المرجع السابق، بند ١٦٣.

المطلب الثاني

المحضر هو عامل التنفيذ المنوط به اجراء الاخلاء

٨٤- اذا كانت المادتان ٦ و ٢٧٩ مرفعات السابق ذكرهما يشكلان سنداً تشريعياً لمنع صاحب الحق في التنفيذ الجبرى من مباشرته بنفسه، فان المعول عليه فى الاستحصال على هذا المعنى كان فى المقام الاول هو ان العبارة فيها قد عهدت بالمهمة الى "المحضرين". فالقاعدة - والتي لم يرد عليها الا استثناءات معدودة تؤكد القاعدة ولا تنال من عموميتها - هي أن المحضر - وهو موظف عام يعد من أعوان القضاء - هو الذى يقوم بالتنفيذ. وليس ثمة شك فى أن هذه القاعدة تنطبق على جميع أنواع التنفيذ الجبرى وتطوى (١٧٤) بالتالى تحت جنباتها اخلاء العين (١٧٥).

٨٥- والواقع أن احتكار المحضر تقريبا لأعمال التنفيذ بقدر ما يمنع غيره من اجرائه فانه يفرض عليه فى ذات الوقت الالتزام بالقيام به متى طلب منه ذلك والا لوجد صاحب الحق فى التنفيذ نفسه عاجزا عن القضاء حقا، وهى نتيجة تأباهم العدالة. ولذلك تنص المادة ٢٧٩ صراحة على أن المحضرين "ملزمون" باجراء التنفيذ متى طلب منهم صاحب الشأن ذلك وكان

(١٧٤) د. احمد زغول، اصول التنفيذ، سابق الإشارة اليه، بند ٢١٦ ص ٣٣١، د. احمد هندي، للمرجع السابق، بند ١١.

(١٧٥) وبعد مبدأ احتكار المحضرين لأعمال التنفيذ الجبرى - الاخلاء أو غيره - من المبادئ المستقرة ايضا فى القانون الفرنسى. فوفقا للمادة ١٨ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ فان المحضرين les huissiers de justice هم فقط من يعطيهم القانون سلطة اجراء التنفيذ الجبرى او الحجز التحفظية. انظر فى انطباق هذه المادة على التنفيذ بالاخلاء تحديدا:

بيده السند التنفيذي المستوفى مقتضيات التنفيذ^(١٧٦). فإذا امتنع عن القيام بالتنفيذ جاز لطالب التنفيذ ان يرفع أمره الى قاضى التنفيذ ليأمره بالقيام به^(١٧٧).

٨٦- وفى صدد تنفيذ سند الاخلاء تحديدا، فإن المحضر يملك البدء فى التنفيذ بل وتمامه دون حاجة الى تدخل العضو الآخر فى سلطة التنفيذ وهو قاضى التنفيذ. صحيح ان هذا الاخير له سلطة الاشراف على اجراءات التنفيذ التى يقوم بها المحضر، الا أنه اشراف "لاحق"^(١٧٨). بمعنى أن التنفيذ بالاخلاء يصح قانونا اذا قام به المحضر عقب تسلمه طلب التنفيذ والسند التنفيذي ولو لم يعرض الملف على قاضى التنفيذ الا بعد اتمامه. وحتى اذا كانت توجيهات قاضى التنفيذ الى المحضر الذى يعمل تحت رئاسته واشرافه تقضى بضرورة الاستئذان مسبقا قبل اتخاذ الاجراء، أو اتخاذه على نحو معين، فإن مخالفة المحضر لها لا تؤدى إلى بطلان التنفيذ، حيث لم تتم المخالفة لإجراء نص عليه القانون. صحيح أن ذلك يستتبع مسؤولية المحضر التأديبية لعدم اطاعة أمر الرئيس الادارى الا أن الاجراءات التنفيذية تظل رغم ذلك صحيحة^(١٧٩).

(١٧٦) واعتبار المحضر ملتزما بالقيام بالتنفيذ لهو مقرر أيضا فى القانون الفرنسى بالرغم من أن هذا الشخص عندهم ليس موظفا عاما وإنما فقط مكلف بخدمة عامة "officier ministeriel".

انظر فى قيام هذا الالتزام فى القانون الفرنسى: المادة ٢/١٨ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الإشارة إليه. وانظر ايضا

C. LARHER - LOYER, op. cit. no 44.

(١٧٧) انظر المادة ٢٧٩ من المراتب، وكذلك: د. ابو الوفا، المرجع السابق، بند ١٧.
(١٧٨) انظر فى تقييم هذا الاشراف اللاحق وعدم كفايته: د. عزمى عبد الفتاح، نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن ١٩٧٨، دار النهضة العربية، ص ٣٨٦.

(١٧٩) لذلك ينادى البعض (انظر د. احمد زغلول، المرجع السابق، بند ٢١٦، ص ٣٣٢) بأن من الملائم ان يتدخل المشرع ليضع بعض الضوابط يتم فى نطاقها التنفيذ المباشر.

٨٧- ولكن يبقى تساؤل: هل يستلزم المحضر بالتنفيذ الجبرى فى مواد الاخلاء على سبيل الانفراد، لم أن المشرع قد عهد بذلك الى غيره أحيانا؟ الواقع أن هناك أسبابا للاخلاء اذا ما توافر أحدها جاز تنفيذ السند المثبت الحق فى الاخلاء استنادا اليه بغير وساطة المحضر وإنما بالطريق الإدارى. فيمكن الاخلاء بالطريق الإدارى اذا كان السند فى ذلك قرارا إداريا باخلاء المبنى مؤقتا من شأغليه لحاجة أعمال الترميم والصيانة^(١٨٠)، أو قرارا أو حكما نهائيا بالهدم^(١٨١)، أو قرارا إداريا بالاخلاء فى أحوال الخطر الداهم أو العاجل^(١٨٢).

ومع ذلك فاته ينبى أن يظل واضحا امام الباحث أن جواز اللجوء الى الطريق الإدارى للاخلاء فى مثل هذه الحالات لا يمنع من أن تدخل عنه الإدارة وتطلب اجراء التنفيذ بالطريق القضائى وهو ما يعنى مباشرة الاخلاء بواسطة المحضر وتحت اشراف قاضى التنفيذ^(١٨٣).

(١٨٠) نصت على جواز التنفيذ بهذا الطريق فى هذه الحالة، المادة ٦٣ من قانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الامكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستاجر.

(١٨١) نصت على جواز الاخلاء بالطريق الإدارى هنا المادة ٦٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالف الذكر.

(١٨٢) نصت على جواز اللجوء الى الطريق الإدارى لتنفيذ الأمر بالاخلاء هنا المادة ٦٥ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالف الذكر.

(١٨٣) انظر فى أن الإدارة قد تلجأ الى اتباع قواعد التنفيذ فى قانون المرافعات اذا وجدت أن مصلحتها فى ذلك: د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، بند ١٦.

المطلب الثالث

القوة العامة هي مجرد معاون على التنفيذ

٨٨- لا يكفى بعد أن منع القانون صاحب الحق فى الاخلاء الجبرى من القيام به بنفسه أن يكلف المحضر باجرائه. فهذا الاخير قد يلقى مقاومة مادية أو تعديا يحول دون قيامه بمهمته. لذلك كان منطقيا أن يكون من حق المحضر - بل ومن واجبه - ان يطلب معونة السلطة العامة والممثلة اساسا فى الشرطة، وأن تكون هذه السلطة ملزمة بتقديمها عندئذ. وقد صلافا هذا المنطق قبولاً لدى المشرع المصرى وراح يؤكد عليه فى اكثر من موضع. ويكفى فى هذا الصدد أن نتكشف ذلك بوضوح من مجرد قراءة الصيغة التنفيذية^(١٨٤). ولاشك فى أن الحق فى الاستعانة بالقوة العامة ينطبق أيا كان نوع التنفيذ بطريق الحجز كان أم مباشرا، مما يفيد أنه يسرى ازاء تنفيذ سند الاخلاء.

على أن ذلك لا يعنى أن القوة العامة قد أصبحت سلطة تنفيذ. فالسند فى نفى هذه السلطة عنها هو أن التنفيذ موكول كأصل عام الى المحضرين دون غيرهم^(١٨٥)، وأن القانون قد قصر دورها على المعاونة على اجراء التنفيذ بناء على طلب المختص به وهو المحضر. اللهم الا فى الحالات التى يسمح فيها القانون بالتنفيذ بالطريق الادارى. ولقد قابلنا مثل هذه الحالات بخصوص الاخلاء^(١٨٦)، وعندما يمكن القول بأن القوة العامة تعد مختصة بالتنفيذ، وبناء

(١٨٤) فوفقا للمادة ٢٨٠ مرافعات فإن صيغة التنفيذ التى توضع على صورة السند التنفيذى تقول عن التنفيذ: "وعلى السلطات المختصة أن تعين على اجرائه ولو باستعمال القوة متى طلب اليها ذلك". وهو نفس المعنى الذى تعبر عنه ايضا المادة ٣/٢٧٩.

(١٨٥) انظر ما سبق بند ٧٤.

(١٨٦) انظر ما سبق بند ٨٧.

عليه، فانه اذا لم تكن فى اطار الاستثناء، فان التنفيذ بالاخلاء - أو غيره - الذى تقوم به القوة العامة يعد باطلا، بينما التنفيذ الذى يقوم به المحضر يعد صحيحا ولو تم دون اللجوء الى الاستعانة بالقوة العامة. فالاصل أن المحضر ليس ملازما باستصحاب القوة العامة عند التنفيذ^(١٨٧).

٨٩- ولكن هل يكون تنفيذ سند الاخلاء صحيحا اذا تم بمعرفة المحضر بعد كسر الابواب (عند غياب المنفذ ضده أو رفضه فتحها) أو المساس بجسد المنفذ ضده (عند فتحه للابواب ومقاومته لدخول المحضر) دون معونة القوة العامة؟

لم يرد فى القانون المصرى نص خاص يجيز ذلك صراحة أو يمنع بصدد التنفيذ بالإخلاء. ولكن يلاحظ من ناحية ثانية أن القانون نفسه قد تعرض للفرض الذى يحتاج فيه المحضر الى استعمال القوة وذلك بمناسبة التنفيذ بالحجز. وفى هذا الصدد تنص المادة ٣٥٦ مرافعات على أنه "لا يجوز للمحضر كسر الأبواب أو غرض الأقفال بالقوة لتوقيع الحجز الا بحضور أحد مامورى الضبط القضائى ويجب أن يوقع هذا المأمور على محضر الحجز والا كان باطلا..". بل يلاحظ من ناحية ثالثة أن المشرع قد تعرض للفرض الذى لم يكن فيه مع المحضر أحد من القوة العامة وتعرض لمقاومة أو تعد أثناء التنفيذ عموما، فهنا ووفقا للمادة ٣/٢٧٩ مرافعات "وجب عليه ان يتخذ جميع الوسائل للحفاظية وأن يطلب معونة القوة العامة والسلطة المحلية".

(١٨٧) فليس هناك نص يلزمه بذلك، وهو الحل السائد ايضا فى الفقه الفرنسى. انظر تطبيق ذلك بالنسبة للإخلاء تحديدا:

ماذا يمكن أن نستوحى من هذين النصين؟ فى رأينا أنهما يزكيان وجود قاعدة فى القانون المصرى تمنع المحضر من استعمال قوته الذاتية فى سبيل اجراء التنفيذ (١٨٨) حتى لا يقاومه المنفذ ضده فيضطرب الأمن أو يتم النول من هيئة السلطة، وإن استعمال القوة مقصور على القوة العامة أو يجب أن يكون فى حضورها على الأقل. كل ما هنالك أن تدخل هذه القوة العامة لا يكون الا بناء على طلب المحضر، والذي يجب عليه أن يطلبها حينئذ حتى لا يكون الاعتداء أو الخشية من تكراره حائلا دون قيامه بمهمته التى عهد اليه القانون بها على سبيل الأفراد تقريبا.

(١٨٨) ومما يزكى تصورنا هذا، أنه فى ظل قانون التنفيذ الفرنسى القديم (أى قبل صدور الإصلاحات التى ادخلها كل من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ ومرسوم ٣١ يوليو ١٩٩٢) كان التنظيم التشريعى لمسألة وجود الابواب مغلقة يقتصر على مواجهة هذا الفرض بمناسبة إلحجز التنفيذى، وكانت المادة ٥٨٧ اجراءات فرنسى قديم (والتي ألغيت بمقتضى المادة ٩٤ من مرسوم ٩ يوليو) تنظم المسألة بصياغة قريبة الشبه كثيرا من صياغة المادة ٣٥٦ من لوائح مصرى. ومع ذلك فإن الفقه الفرنسى كان يعطى لنص المادة ٥٨٧ فرنسى قديم مدلولاً واسعاً ويطبق مضمونها فى حالة الاخلاء. انظر فى هذا الشأن

G. WIEDERKEHR, op. cit. n 153 et s.,

R. PERROT, Rev. trim. dr. civ. 1974, 466.

ولكن يلاحظ إن القضاء الفرنسى لم يلتزم تماماً بهذا المدلول الواسع، فلم يعتبر أن المادة ٥٨٧ قابلة للتطبيق فى مواد الاخلاء، وعليه فقد أهدأ المحضر من جريمة انتهاك حرمة مسكن. وكانت الوقائع تتلخص فى أن المحضر المكلف بتنفيذ حكم الاخلاء لم يفتح له أحد ووجد الباب مغلقاً، الا ان الشباك كان "موارباً" بحيث استطاع المحضر ان يدخل فيه ويفتح الباب من الداخل بمفتاح وجده فى إحدى حجرات المنزل. فبعد أن نقضت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية حكم البراءة وحالات الدعوى، رفضت محكمة الاحالة متابعة الغرفة الجنائية فى رأياها. وعند الطعن للمرة الثانية قررت محكمة النقض بهيئتها المجمعة *en assemblee plenièr* رفض الطعن.

انظر فى استعراض هذه القضية وفيه كان من الافضل تطبيق نص المادة ٥٨٧ فرنسى قديم:

G. WIEDERKEHR, op. cit. n 154 ets.

ويتطابق هذه القاعدة على التنفيذ الجبرى فى مسألة الاخلاء، فان التنفيذ يكون - من وجهة نظرنا - باطلا بسبب تخلف اجراء قانونى وفوات الغاية، وذلك اذا قام المحضر باجراء الاخلاء الجبرى بقوته الذاتية ودون الاستعانة فى ذلك بالقوة العامة أو تولجدها على الاقل. وفضلا عن ابطال التنفيذ، فقد تقوم مسؤولية المحضر التأديبية فضلا عن مسؤوليته المدنية تجاه المنفذ ضده، بل وايضا مسؤوليته الجنائية^(١٨٩).

واذا كان الحل الذى نقول به يعتمد على قاعدة نستلهمها من النصوص ودون أن نتطرق بها هذه الاخيرة صراحة، فانه من الافضل أن يتدخل المشرع وينص عليها. لذلك يبدو لنا مفيدا أن نضع تحت نظر مشرعنا موقف القانون الفرنسى الصريح فى الفرض محل البحث^(١٩٠).

٩٠ - فالمادة ٢١ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الإشارة إليه تواجه صراحة الفرض الذى يكون فيه شاغل المكان الميسكون غائبا، أو حاضرا لكنه رفض دخول محضر العدالة. فعندئذ تمنعه هذه المادة من دخول المكان إلا فى حضور أحد أفراد السلطة المحلية الذين عددهم، فإن لم يوجد أحد منهم ففى حضور شاهدين^(١٩١). وتواجه المادة ٥٠ من مرسوم ٣١

(١٨٩) فقد تنولفر فى حق جريمة دخول منزل مسكون.

(١٩٠) فى الحقيقة، لا يواجه المشرع الفرنسى مسألة كسر الابواب أو الدخول عتوة بصدد تنفيذ سند الاخلاء بصفة خاصة، ولما بصفة عامة أيا كان طريق التنفيذ، مباشر أو غير مباشر، كان لم بطريق الحجز، مادام يستدعى دخول مكان مسكون. فالمادة ٢١ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ والتي تعد المنظم الاساسى لهذه المسألة كما وردت فى الفصل المخصص للقواعد العامة Dispositions generales.

(١٩١) فيجبرى نص المادة ٢١ من قانون ٩ يوليو المذكور كما يلى:

- En l'absence de l'occupant du local ou si ce dernier en refuse l'accès, l'huissier de justice chargé de l'exécution ne peut y pénétrer qu'en présence du maire de la

يوليو ١٩٩٢ سالف الإشارة إليه أيضا حالة احتياج المحضر إلى استعمال القوة العامة، فتحدد مسؤول الأمن الذي يتوجه إليه المحضر، وترسم الضوابط التي يجب مراعاتها من تقديم لطلب ترفق به صورة من السند التنفيذي، ويعرض فيه المحضر ما بذله من همة وما لقيه من صعوبات. كما توجب هذه المادة تعسيب قرار الرفض وتستلزم إصدار القرار خلال شهرين وإلا قامت قرينة على الرفض^(١١٦). وأخيرا فاتها توجب على المحضر إعلام النيابة العامة وصاحب الحق في التنفيذ بما حدث من رفض. وتستكمل المادة ١٦ من قانون ٩ يوليو متابعة الحالة حيث تنص على أن رفض السلطة العامة تقديم يد المعونة يعطى الحق في التعويض.

= commune, d'un conseiller municipal ou d'un fonctionnaire municipal delegue par le maire a cette fin, d'une autorite de police ou de gendarmerie, requis pour assister au deroulement des operations ou a defaut, de deux temoins majeurs qui ne sont au service ni du creancier, ni de l'hussier de justice charge de l'execution.

(١٩٢) فيجرى نص المادة ٥٠ من المرسوم المذكور كما يلي:

'Si l'hussier de justice est dans l'obligation de requerir le concours de la force publique, il s'adresse au prefet.

La requisition contient une copie du dispositif du titre executoire. Elle est accompagnee d'un expose des diligences auxquelles l'hussier de justice a procede et des difficultes d'execution.

Toute decision de refus de l'autorite competente doit etre motivee. Le defaut de reponse dans un delai de deux mois equivaut a un refus.

Ce refus est porte a la connaissance du procureur de la Republique et du creancier par l'hussier de justic.

الباب الثانى النظام الإجرائى للإخلاء الجبرى (١)

٩١ - تمهيد وتقسيم:

سبق أن نوهنا إلى أن قانون المرافعات المصرى لم ينظم إجراءات التنفيذ المباشر بصفة عامة ولا إجراءات الإخلاء الجبرى بصفة خاصة، كما سبق أن أوضحنا الحاجة الماسة إلى تدخل المشرع فى هذا المجال خاصة بالنسبة للإخلاء الجبرى (٢).

ويقدم لنا التشريع الفرنسى نموذجا يمكن أن نحاكه فى هذا الشأن. فقد تضمن كل من قانون ٩ يوليو ١٩١١ ومرسوم ٣١ يوليو ١٩١٢ سابق الإشارة إليهما تنظيما متكاملا لإجراءات الإخلاء الجبرى. ولذلك سوف يكون مستحسنا ومفيدا أن نقتفى أثر هذا التنظيم حتى يكون تحت نظر سلطة التنفيذ فى مصر وخاصة أن غياب النصوص عندنا يعطيها حرية كبيرة فى الأخذ بمعظم أحكام التنظيم الفرنسى.

وسوف نبدأ أولا بطبيعة الحال باستعراض مقدمات الإخلاء، أى الإجراءات الواجب إتخاذها قبل البدء فى عملية الإخلاء الجبرى. إذ من المعروف أن للتنفيذ الجبرى عموما مقدمات يجب إتخاذها قبل الشروع فيه.

(١) أردنا التعبير عن الوسط الإجرائى للإخلاء الجبرى بعبارة النظام الإجرائى وليس بعبارة خصومة التنفيذ نظرا لما يثور حول صحة لتطبيق هذا الوصف من جدل. انظر عرضا للراى القائل بأن إجراءات التنفيذ خصومة ومناقشة وحقيقة موقع فكرة الخصومة من إجراءات التنفيذ الجبرى: د. طلعت دويدار، طرق التنفيذ القضائى، منشأة المعارف، ص ٢٨ وما بعدها.

(٢) انظر ما سبق، بند ٦ وما يليه.

فإذا ما انتهينا من دراسة هذه المقدمات، كان ضروريا أن لتقصى أبعاد وجوانب عملية الاخلاء الجبرى من الناحية الاجرائية والتي سوف تتحدد من حيث الوقت الذى يجوز فيه الاخلاء، ومن حيث ضرورة تحرير محضر الاخلاء وتبليغه، وتسليم المكان لصاحب الحق فى الاخلاء.

وقد تنتهى عملية الإخلاء عند هذا الحد لولا أن المكان المطلوب إخلاؤه قد يكون مشغولا بمنقولات خاصة بالمنفذ ضده ولم يتم بنقلها خارج المكان. فهنا تثار الحاجة إلى معرفة الاجراءات الواجب اتباعها بشأن هذه المنقولات وتحديد مصيرها النهائى.

وكما تثار الحاجة إلى دراسة النظام الاجرائى للاخلاء الجبرى عند القيام بهذا الاخلاء بصفة أصلية، فإن الحاجة إلى معرفة الاجراءات الواجب اتباعها عند تكرار الاخلاء للمرة الثانية - أو أكثر - قد تثار هى الأخرى. وإذا كانت مواجهة هذه المشكلة من خلال تكرار الإجراءات من جديد ومن بدايتها هو الجبل المتصور أن يسود نظاما - كنظامنا - يتطلب ضرورة الحصول على سند تنفيذى جديد لتكرار الاخلاء^(٣)، فإن اقتصادا فى هذه الاجراءات يبدو منطقيا فى النظام الذى ييسر عملية الاخلاء التكرارى حتى أنه لا يتطلب الحصول على سند تنفيذى جديد^(٤). ولذلك يبدو لنا منطقيا استعراض النظام الفرنسى فى هذا الصدد.

(٣) انظر ما سبق، بند ٣٤ وما يليه.

(٤) انظر ما سبق، بند ٤٠ وما يليه.

وهكذا يمكن تيسيم الدراسة في هذا الباب الى الفصول الأربعة الآتية:

الفصل الأول : مقدمات الاخلاء

الفصل الثانى: اجراءات الاخلاء

الفصل الثالث: مصير المنقولات

الفصل الرابع: النظام الاجرائى عند تكرار الاخلاء

الفصل الأول مقدمات الإخلاء

٩٢- حصر مقدمات الإخلاء:

يتطلب القانون لمباشرة التنفيذ وصحته أن تتخذ أو تتحقق عدة اجراءات لا تختلف باختلاف السند التنفيذي الذي يتم بمقتضاه، أو باختلاف طريق التنفيذ المتبع، مباشرا كان أم بطريق الحجز^(٥). هذه الاجراءات تسمى بمقدمات التنفيذ لكونها مجرد شرط لصحة اجراءاته وليست داخلية في تكوينه، ولكونها تسبق التنفيذ^(٦). وتتمثل هذه المقدمات في ثلاث هي اعلان السند التنفيذي ومضى مهلة معينة بعد الاعلان وتقديم طلب التنفيذ من ذي الشأن^(٧).

واذا كانت هذه المقدمات لا تختلف كما قلنا أيا كان نوع التنفيذ، وبالتالي فإنها تكون مطلوبة قبل التنفيذ بالإخلاء، إلا أن مكان المعالجة التفصيلية لها محله هو المراجع العامة في التنفيذ^(٨). كل ما هنالك أننا في اطار هذه الدراسة سوف نسمى للبحث عما اذا كان هناك من أوجه خصوصية في مقام مقدمات الاخلاء الجبرى، سواء من حيث القواعد السارية أو المقترحة.

(٥) في هذا المعنى: د. ابو الوفا، المرجع السابق، بند ١٤٧م، د. احمد هندي المرجع السابق، بند ٩٨.

(٦) انظر في النتائج المترتبة على هذا التكييف: د. ابو الوفا، المرجع السابق، د. وجدى راغب، المرجع السابق، ص ٣٤ وما بعدها، د. احمد زغلول، المرجع السابق، بند ١٣٧ وما يليه.

(٧) انظر في الاساس التشريعي لهذه المقدمات المادة ٢٨١ وكذلك المادة ٢٧٩ من اللغات.

(٨) انظر في تحديد هذه المقدمات وتفصيلاتها والاستثناءات الواردة على قاعدة ضرورة اتخاذها: د. احمد زغلول، المرجع السابق، بند ١٢٥ وما يليه.

١٣- والواقع من الأمر أننا نَسارع ونستبعد من نطاق البحث المقدمة الممثلة في طلب لا غنى عنه بالنسبة للتنفيذ أيا كان طريقة أو نوعه. فالمادة ٦ مرافعات قد جعلت التنفيذ بواسطة المحضرين "بناء على طلب الخصم..". وقد اكدت المادة ٢٧٩ ضرورة طلب التنفيذ الذي يقدمه ذو الشأن إلى قلم المحضرين. وهذان النصان من العمومية بحيث ينطبق حكمهما على التنفيذ المباشر في صورة الاخلاء. ولم يشترط القانون شكلا معينا يصاغ فيه الطلب أو يتطلب بيانات معينة يجب ان يتضمنها^(٩). على أنه يمكن القول بأنه حتى يتحقق الغرض من هذا الطلب في مجال الاخلاء تحديداً فيجب على الأقل أن يكون مكتوباً وأن يتضمن اسم طالب التنفيذ واسم المنفذ ضده وكذلك تحديد المكان المطلوب اخلاؤه.

وهكذا يضيق نطاق البحث في مقدمات الاخلاء الجبري بحيث ينحصر في اعلان السند التنفيذي ومضى المهلة وسوف نخصص لكل منهما بحثاً.

المبحث الأول

اعلان السند التنفيذي

١٤- فبالنسبة لاعلان السند التنفيذي، فيقصد بذلك الاعلان لشخص المنفذ ضده أو في موطنه الاصلى بورقة من اوراق المحضرين تشتمل بالاضافة الى البيانات الواجب توافرها في اوراق المحضرين عامة، على صورة من الصورة التنفيذية للسند الذي يراد لجراء التنفيذ بمقتضاه، وعلى تكليف المنفذ ضده بالوفاء وبيان المطلوب منه (ويقصد بذلك هنا تنبيه المنفذ ضده أو اذاره

(٩) د. احمد زغلول، المرجع السابق، بند ١٣٤.

بضرورة الاخلاء من عين محددة)، وعلى تعيين موطن مختار لطالب التنفيذ في البلدة التي بها مقر محكمة التنفيذ المختصة.

٩٥- وإذا كان هناك من خصوصية تستوجب تحديد كنهها عندما يكون التنفيذ المزمع إجراؤه هو الاخلاء، فهي أنه إذا كان سند التنفيذ حكما صادرا من القضاء المستعجل بطرد مستأجر من مسكن خاضع لقانون إيجار الإماكن وكان سبب الطرد هو الامتناع أو التأخير في الوفاء بالاجرة (في غير حالة التكرار) فإن الاعلان يجب أن يشمل أيضا - وعلى خلاف القاعدة العامة - على بيان الميعاد الذي سيجرى فيه التنفيذ. والسند التشريعي لهذه الخصوصية نجده في المادة ١٨ من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ سابق الإشارة اليه. فقد اتاحت هذه المادة لهذا المستأجر توكي الطرد إذا ما سدد الاجرة وما في حكمها عند التنفيذ كحد أقصى "وبشرط أن يتم التنفيذ في مواجهة المستأجر". فإذا كانت القاعدة العامة لا تلزم صاحب الحق في التنفيذ ببيان الميعاد الذي سيجرى فيه التنفيذ وذلك عند اعلان السند التنفيذي^(١٠)، فهذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وهو ما فعله المقترح في حالة الاخلاء بمقتضى حكم مستعجل بسبب عدم الوفاء بالاجرة دون تكرار. فشرط تمام التنفيذ في مواجهة المستأجر يفيد - في نظرنا - وجوب بيان ميعاد التنفيذ عند اعلان السند والزام طالب التنفيذ به بعدئذ. وقد تناولنا هذه المسألة من قبل على نحو أكثر تفصيلا وذلك بمقاربة الحديث عن درء التنفيذ^(١١).

(١٠) انظر في هذه القاعدة: د. محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

(١١) انظر ما سبق، بند ٥٤

٩٦- ولعل من المفيد أن نسلط الضوء هنا على محتويات التنبيه بالاخلاء le commandement d'avoir a liberer les locaux والتي يعرفها القانون الفرنسي الحديث لما تعكسه من حرص على اعلام المنفذ ضده اعلاما كاملا ودقيقا بحقوقه^(١٢). فبالإضافة الى كون التنبيه يتم بورقة من أوراق المحضرين acte d'huissier de justice تعان للمنفذ ضده فى غير الموطن المختار وتحتوى على بيان السند التنفيذى (أو على صورة منه اذا لم يكن قد سبق اعلانه) فإن القانون الفرنسى يستوجب احتواء التنبيه أيضا - وعلى خلاف نظيره المصرى - على تعيين المحكمة التى يمكن تقديم طلب استمهال أو اى منازعة تتعلق بتنفيذ عملية الاخلاء إليها، وعلى تحديد التاريخ الذى يجب أن يكون عنده المكان خاليا، والاذنار بأن الاخلاء الجبرى يمكن أن يجرى ابتداء منه. ويزداد حرص المشرع الفرنسى على اعلان المنفذ ضده بحقوقه عندما يكون محل التنفيذ بالاخلاء هو سكنه الرئيسى. فمندئذ يجب ان

(١٢) قد نظمت التنبيه بالإخلاء المواد ١٩٤ - ١٩٦ من المرسوم الصادر فى ٣١ يوليو ١٩٩٢ والذي سبقت الإشارة اليه. وهى على النحو الآتى:

Art. 194.- Le commandement d'avoir a liberer les locaux prend la forme d'un acte d'huissier de justice signifie a la personne expulsee et contient, a peine de nullite:

- 1- L'indication du titre executoire en vertu duquel l'expulsion est poursuivie,
- 2- La designation de la juridiction devant laquelle peuvent etre portees les demandes de delais et toutes contestations relatives a l'execution des operations d'expulsion;
- 3- L'indication de la date a partir de laquelle les locaux devront etre liberes;
- 4- L'avertissement qu'a compter de cette date il pourra etre procede a l'expulsion forcee du debiteur ainsi qu'a celle de tout occupant de son chef.

Ce commandement peut etre delivre dans l'acte de signification du jugement.

Art. 195. - Lorsque l'expulsion porte sur un local affecte a l'habitation principale de la personne expulsee ou de tout occupant de son chef, le commandement d'avoir a liberer les locaux contient, a peine de nullite, en plus des mentions prevues a l'article 194, la reproduction de l'article 62 de la loi du 9 juillet 1991 et celle des articles L. 613-1 a L. 613-5 du Code de la construction et de l'habitation.

Art. 196.- Le commandement d'avoir a liberer les locaux ne peut etre signifie a domicile élu.

يحتوى التنبيه بالاضافة الى كل ما سبق - عل نصوص القانون التى تتعلق بالمدد القانونية التى لا يجوز التنفيذ بالاخلاء قبل انقضاءها^(١٣)، وعلى نصوص القانون التى تنظم حق الاشخاص الذين يعوزهم المسكن فى تقديم طلب اعادة التسيكن لدى الجهاز المختص^(١٤).

٩٧- ولا نستطيع من جانبنا رفض الانضمام الى موقف المشرع الفرنسى هذا، اذ لا يخفى على أحد الجانب المأساوى الذى ينطوى عليه الاخلاء الجبرى^(١٥) خاصة للمساكن. وسوف يخفف من ذلك أن يحاط المنفذ ضده على نحو محدد بالمكناات التى يضعها القانون تحت تصرفه لتوكى التنفيذ. وليس أفضل فى ذلك من أن يتضمن الاعلان بالسند التنفيذى والانتذار بالاخلاء الموجه للمنفذ ضده للمعلومات التى قد تسعفه فى هذا الصدد كما فعل المشرع الفرنسى. ولذلك يا حبذا لو تدخل المشرع المصرى وأعتمد فى نصوصه كل أو بعض التنظيم الفرنسى. بل ونهيب به - أى المشرع المصرى - أن يكون من بين المعلومات التى يجب على طالب الاخلاء ان يضمناها فى الاعلان بياناً متعلقاً بحق المستأجر فى توكى التنفيذ اذا قام بالوفاء بالاجرة قبل التنفيذ وذلك فى الحالات التى يجرى فيها التنفيذ بحكم مستجل وتوافرت باقى الشروط التى نصت عليها المادة ١٨ (ب) فقرة ثانية من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ سابق الاشارة اليه. وكذلك نهيب به أن يوجب تضمين الانتذار بالاخلاء

(١٣) وهى كل من المواد: ٦٢ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الاشارة اليه، ول ٦١٣-

١ ول ٦١٣-٢ ول ٦١٣-٣ من قانون البناء والاسكان. وسوف نتناول بيان هذه المدد حالا. انظر ما يلى بند ١٠٨ وما يليه.

(١٤) ويقصد بذلك نصوص الملائك ل ٦١٣-٤ ول ٦١٣-٥ من قانون البناء والاسكان سابق الاشارة اليه.

(١٥) انظر ما سبق، بند ٢.

أيا كان سنده - نص المادة ٣١٢ مرافعات والتي تعطى المنفذ ضده حق التقدم بطلب موقف للتنفيذ بمجرد تقديمه.

المبحث الثاني

منح المنفذ ضده مهلة للاخلاء الاختياري

المطلب الأول

المهلة فى القانون المصرى - ضرورة تعديلها

٩٨- بالنسبة للمهلة التى يحظر خلالها التنفيذ، فيقصد بذلك فى القانون المصرى انه لا يجوز التنفيذ كقاعدة عامة الا بعد انقضاء يوم على الأكل من اعلان السند التنفيذى^(١٦).

ومنح المنفذ ضده هذه المهلة قبل التنفيذ هو قاعدة عامة تسرى أيا كان سند التنفيذ وأيا كان نوعه، مما يجعلها تنطبق على الاخلاء الجبرى. والحكمة منها هى تمكين المنفذ ضده من أن يتدبر أمره، فإما أن يقوم بالتنفيذ الاختياري ويتجنب بذلك التنفيذ الجبرى ونفقاته، وإما أن يرفع اعتراضه الى القضاء من خلال وسيلة تمنع البدء فى التنفيذ أو على الأقل اتمامه هى طلب الوقف طبقا

(١٦) حددت ذلك المادة ٤/٢٨١ مرافعات. على أنه اذا كان التنفيذ موجهاً ضد خلف المدين أو من يقوم مقامه (وذلك على فرض وفاة المدين أو فقد أهليته أو زوال صفة من كان يباشر الإجراءات نيابة عنه) فإن المهلة التى يجب ان تنقضى قبل اجراء التنفيذ هى ثمانية أيام من تاريخ اعلانهم بالسند التنفيذى. حددت هذا الميعاد الاخير المادة ٢٨٤/ ١ مرافعات. ويطبق على هذا الميعاد لو ذلك القواعد العامة فى شأن المواعيد، سواء من حيث منح المدين ميعاد مسافة، أم من حيث كيفية حساب الميعاد. انظر فى ميعاد التنفيذ: د. احمد زغول، المرجع السابق، بند ١٢١ وما يليه.

للمادة ٣١٢ مرافعات. ويمكن أن نضيف الى ذلك بخصوص الاخلاء الجبرى بصفة خاصة - وبصفة أخص عندما يكون سند التنفيذ حكما صادرا من القضاء المستعجل بالطرد لعدم الوفاء بالاجرة - أن منح المنفذ ضده مهلة قبل التنفيذ قد تمكنه من القيام بالوفاء بالاجرة أو بعرضها عرضا حقيقيا يقوم مقام الوفاء وهو ما يدرء عنه التنفيذ تماما طبقا للمادة ١٨ (ب) فقرة ثانية من قانون ١٣٦٤ لسنة ١٩٨١ الخاص بايجار الاماكن.

٩٩- ولا شك أن المرء ليس فى حاجة الى جهد - ولو قليل - لكى يتبين له أن المهلة التى أنت بها القواعد العامة قصيرة لدرجة لا تسمح بتحقيق الغاية من منحها خاصة فى مسألة الاخلاء.

فاذا كان ممكنا الدفاع عن قصر المهلة عندما يكون طريق التنفيذ الواجب الاتباع هو التنفيذ بطريق الحجز ونزع الملكية، اذ قد يجد تضيق الميعاد مبرره فى ألا تتاح للمدين فرصة تهريب أمواله - خاصة المنقولة - ومنع الدائن - بالتالى - من الحصول على حقه^(١٧)، الا أن هذا التبرير ليس له محل فى التنفيذ المباشر خاصة اذا كان اخلاء. فلا يوجد هنا مال يقبل التهريب ولزم. يكون طول المدة - نسبيا - حائلا دون حصول الدائن على حقه. كما يجب أن نضع موضعا متقدما فى الذهن ما يمكن أن يلاقيه المنفذ ضده وأسرته من صعوبة - ان لم نقل استحالة - فى العثور على "ماموى" بديل خلال هذه المدة القصيرة للغاية عندما يكون الاخلاء واردا على المسكن، وهو الوضع فعلا فى الغالبية العظمى - ان لم نقل كل - الحالات. مثل هذا الاعتبار

(١٧) انظر فى انتقاد قصر المهلة حتى فى حالة التنفيذ بطريق الحجز: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ١١٥.

العملى والائتمالى يستحق بجدارة أن يكون - فى ظل أزمة اسكان حادة - تحت نظر المشرع ودافعا له أن يعدل القانون ويجعل المهلة التى لا يجوز التنفيذ بالاخلاء قبل انقضائها ليست ضيقة كما هى الآن (١٨).

١٠٠- ولكن لى أن يقوم المشرع باطالة المدة التى يحظر خلالها الاخلاء، فإن السؤال الذى يجب طرحه هو الآتى: هل من وسائل قانونية حالية تسمح بأن تكون أمام المنفذ ضده مهلة معقولة قبل اتخاذ لجراءات الاخلاء الجبرى قبالة؟

والواقع أنه يمكن ان نعثر على ضاللتنا المنشودة فى وسائل ثلاث: أن ينص القانون ذاته على أجل معين لا يجوز خلاله الاخلاء، أو أن يتضمن

(١٨) وقد يؤثر فى ذهن البعض أنه ليس لتطويل المدة محل نظرا لأنها فى الحقيقة أطول من ذلك بكثير. فالمنفذ ضده يتوقع الاخلاء - وبالتالي كان عليه ان يدبر أموره - منذ رفع الدعوى عليه، وقد زاد توقعه بعد صدور حكم الابتدائى ضده بالاخلاء. وحتى إذا قلنا بأن التأكيد القضائى بوجوب الاخلاء لم يتحقق الا بعد صدور الحكم النهائى فى الاستئناف، فانه سوف تنقضى فترة ليست بالقصيرة قبل التنفيذ. إذ أن اتخاذ مقدمات التنفيذ يستلزم سبق الحصول على صورة تنفيذية (حتى يمكن أن تتحقق المقدمة الاولى وهى اعلان المدعى بالسند التنفيذى) ثم اعلانها، وهو ما يستغرق وقتا يعلم المنفذ خلاله أن الاخلاء الجبرى أصبح راجعا، وبالتالي كان عليه ان يدبر أموره خلالها.

والواقع أن هذا رأى - لن وجد - قد يبدو مقبولا إذا كان التنفيذ يجرى دائما بمقتضى حكم قضائى نهائى. ولكن - وكما سبق ورأينا - فإن هناك منادات تنفيذية أخرى فى هذا المجال غير هذا الحكم. ولعل أبرزها هو الحكم القضائى المستعجل، فهو يقول بالتنفيذ رغم قابليته للاستئناف بل ولا مانع من أن يأمر القاضي بتنفيذه بموجب مسودته ودون حاجة إلى مقدمات تنفيذ.

وحتى عندما يكون السند التنفيذى حكما نهائيا، فيجب أن نضع فى الاعتبار أنه طالما لم يصدر هذا الحكم، فإن يكون المنفذ ضده فى وضع الملزم بالاخلاء الجبرى، وقد يكون غيره مقبولا فى عدم السعى للمؤثر على مسكن بذليل حيث قد يكون حسن النية لاعتقاده - بناء على اسباب معقولة - بأن دعواه راجعة للكسب، خاصة إذا كان الحكم الابتدائى قد صدر بعدم الاخلاء.

السند التنفيذي ذاته مهلة لا يتوافر الحق في الاخلاء الا عند انتقضاتها، أو ان يمنح قاضى التنفيذ مهلة للمنفذ ضده.

§ ١ - الوسيلة الاولى: أن ينص القانون ذاته على أجل معين لا يجوز التنفيذ قبل انقضائه:

١٠١- نحن لا نعول في ذلك بالطبع على نص المادة ٤/٢٨١ مرافعات والتي أعطت يوما واحدا كمهلة للتنفيذ كقاعدة عامة، فقد رأينا انها لا تتلاءم ابدا مع الاخلاء. وانما نحن نعول في ذلك على نصوص اخرى وردت في قوانين الاسكان والتي تصدت لمسألة الاخلاء، خاصة القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

فطبقا للمادة ٢/٥٠ من هذا القانون، لا يكون الحكم بالاخلاء استنادا الى حالة هدم المباني غير السكنية لاعادة بنائها بشكل أوسع قابلا للتنفيذ، (لا بعد لنقضه ثلاثة أشهر من تاريخ النطق به^(١٩)).

وطبقا للمادة ١/٦٥ من نفس القانون، لا يكون القرار الادارى الصادر بالاخلاء في أحوال الخطر الداهم قابلا للتنفيذ الجبرى قبل اسبوع على الأقل من العلم بالقرار^(٢٠).

(١٩) ولا نعتقد من جانبنا في أن المحكمة ملزمة بالنص في حكمها على هذا الميعاد، فهو مقرر بقوة القانون (نظر عكس ذلك: د. ابو الوفا، التعليق على قانون لجار الامكن، سابق الإشارة اليه، ص ٢٧٦). اللهم الا اذا رأت المحكمة زيادة المهلة المقررة في المادة ٢/٥٠ اذا اقتضت ذلك ظروف الحال (انظر في أن المحكمة تملك هذه الزيادة: د. ابو الوفا، نفس المرجع، نفس الصفحة).

(٢٠) اللهم الا في حالة تهديد البناء بالانهيار العاجل، فهنا يكون للجهة الادارية المختصة بشئون التنظيم الحق في اخلاء البناء فوراً (مادة ١/٦٥ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧).

§ ٢- الوسيلة الثانية: أن يتضمن السند التنفيذي للاخلاء ذاته مدة للاخلاء الاختياري:

١٠٢- فى هذه الحالة يعتبر الحق المطلوب اقتضاؤه - الحق فى الاخلاء - مضافا الى أجل مما يفقده شرطا من شروط الاقتضاء الجبرى للحق المنصوص عليها فى المادة ١/٢٨٠ مرافعات، ونقصد بذلك شرط حلول الاداء. ولا يكون الحق فى الاخلاء الجبرى منجزا الا بعد انقضاء المهلة.

ولكن السؤال الذى يطرح نفسه فى هذا الصدد هو الآتى: هل من المتصور أن يتواجد سند تنفيذى بالاخلاء ويتضمن مهلة لا يجوز التنفيذ الجبرى قبل انقضائها ويكون ذلك متققا مع صحيح القانون؟

١٠٣- فى الواقع أن هذه التصور يمكن أن يصادف اعتمادا تشريعا فى بعض الحالات، نصت عليها قوانين الاجار الاستثنائية، خاصة قانون ٤٩ لسنة ٧٧ سابق الإشارة اليه.

من ذلك ما نصت عليه المادة ١/٦٣ من هذا القانون من أن الجهة الادارية التى تصدر قرارا اداريا بالاخلاء المؤقت لمقتضيات أعمال الترميم والصيانة (وذلك اذا سبق وصدر قرار ادارى نهائى أو حكم قضائى بالترميم والصيانة طبقا لاحكام الفصل الخاص بالمنشآت الآيلة للسقوط والترميم والصيانة) عليها أن تحدد المدة التى يتم خلالها الاخلاء، بحيث لا يجوز تنفيذ هذا القرار الا بعد انقضائها.

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٦٤ من القانون نفسه من أنه "على شاغلي العين الصادر قرار أو حكم نهائي بهدمها أن يبادروا إلى إخلاتها في المدة المحددة في الحكم أو القرار..." وهو ما يفيد أن سند التنفيذ - لقرار أو الحكم - يجب أن يحدد مهلة للإخلاء الاختياري، بحيث لا يجوز الإخلاء الجبري قبل انقضائها.

وبالإضافة إلى ما سبق، فإنه إذا كان سند التنفيذ محضر صلح مصدق عليه، فإن يكون هناك أي مانع قانوني من أن يتضمن هذا المحضر المدة التي لا يجبر الملتزم بالإخلاء على التنفيذ إلا بعد انقضائها.

كذلك الشأن في الأحوال التي يكون فيها سند الإخلاء حكم محكمة^(٣١). فهنا لا يمانع المشرع من أن يمنح المحكمة مهلة للإخلاء ضمنها حكمه.

١٠٤- ومتى أوضحنا ما تقدم، تساءلنا ابتداء: وماذا عن الحكم القضائي الصادر بالإخلاء أو الطرد من المكان المؤجر استنادا إلى توافر أحد أسباب الإخلاء المنصوص عليها في المادة ١٨ من قانون إيجار المساكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، وهو أكثر السندات التنفيذية شيوعا في مجال الإخلاء؟ هل يملك القاضى في هذه الحالة سلطة منح مهلة لتنفيذ الإخلاء الاختياري؟

الواقع أنه يمكن أن نتخذ - مع بعض القضاة^(٣٢) - من نص المادة ٣/٣٤٦ مدني نقطة انطلاق يجب الرجول منها لمعرفة الحكم الواجب أعماله في هذا

(٣١) انظر في الأحوال التي يتصور فيها صحة صدور قرار بتنفيذ حكم محكمة في مواد الإخلاء: ما سبق بند ٢١.

الصدد. اذ تقتضى هذه المادة بأنه "... يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، اذا لم يمنع نص فى القانون، أن ينظر المدين الى أجل معقول أو لجال ينفذ فيها التزامه، اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم". ولا مجال للقول هنا بان قانون المساكن يعطل أى حكم من احكام القانون العام ما لم ينص صراحة على غير ذلك^(٣٣). وبناء عليه يكون من الجائز قانونا عند الحكم بالاخلاء تحديد مهلة أو أجل معقول للتقليد الاختيارى^(٣٤).

ينطبق ذلك سواء بالنسبة للقضاء الموضوعى أو القضاء المستعجل. اذ أن منح القاضى المستعجل مهلة للمحكوم عليه بالطرد لا ينطوى بالضرورة على تعرض لأصل الحق، خاصة اذا تبين من ظروف الدعوى أن حقوق المؤجر مكفولة وانه لن يلحقه أى ضرر اذا استمر المستأجر شاغلا للمين طوال المهلة

(٢٢) انظر: د. أبو الوفاء، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٢٣) د. أبو الوفاء، المرجع السابق، ص ٣٢٥.

(٢٤) ويلاحظ ان الدكتور العميد أبو الوفاء - رحمه الله - يستند ايضا (انظر: المرجع السابق، ص ٣٢٥) كأساس قانونى لسلطة قاضى الموضوع فى منح مهلة للاخلاء الى "أن الذى يملك الكثير يملك القليل، ومن يملك الحكم بالاخلاء وتسليم الفورى ويملك عدم الحكم بهما، يملك من باب أولى تحديد أجل لتنفيذ الحكم". ولا نستطيع من جانبنا الانضمام اليه فى هذه الحجة الا فى الاحوال التى يعطى القانون فيها للقاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالاخلاء. والقراءة المتنبية للمادة ١٨ من قانون المساكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٨ - والمقابلة للمادة ٢١ الملغاة من قانون ٤٩ لسنة ٧٧ - تكشف عن ان القضاء لا يملك كمبدأ عام اية سلطة تقديرية فى هذا المجال متى ثبتت لجيه المخالفة سبب الاخلاء. اللهم الا فى حالة تكرار الامتناع أو التأخير فى الوفاء بالأجرة.

الممنوحة له^(٢٥). فضلا عن أن عمومية المادة ٣/٣٤٦ مدنى سאלفة الذكر تمثل سندا تشريعيا فى هذا الصدد^(٢٦).

§ ٣- الوسيلة الثالثة: أن يمنح قاضى التنفيذ أجلا للمنفذ ضده:

١٠٥- والواقع أن التسليم بهذه الوسيلة يحتاج الى سند من المشروعية^(٢٧). وقد لجأ المنفذ ضده الى طلب وقف التنفيذ - أو ما يعبر عنه بالاشكال الوقتى فى التنفيذ - ويستند فى تأسيس طلبه الى حاجته للمهلة. وهنا ايضا يقضى المنطق القانونى المجرد برفض الطلب. صحيح أن طلب الوقف انما يعد من منازعات التنفيذ الا أن الاستجابة له تقتضى توافر شرطين^(٢٨) هما الاستعجال - وهو دائما مفترض فى طلب الوقف المقدم لقاضى التنفيذ - وترجح الغاء التنفيذ، وهو ليس ما استند اليه طالب الوقف فى الفرض محل البحث^(٢٩). ولذلك فان ما يجرى عليه العمل احيانا من الحكم بوقف التنفيذ بالنظر الى حاجة المنفذ ضده الى مهلة انما يستجيب الى اعتبارات عملية اكثر منها قانونية.

(٢٥) انظر محمد على راتب و محمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب، المرجع السابق، بند ٣٥٨، محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١٠٣ والاحكام المشار اليها فى هامش (٢) نفس الصفحة.

(٢٦) د. أبو الوفاء، المرجع السابق، ص ٣٢٨.

(٢٧) لا لا يدور طلب الاستمهال حول الشروط التى يجب توافرها لاجراء التنفيذ الجبرى. انظر فى المقصود بمنازعات التنفيذ: د. أبو الوفاء، التعليق على قانون المرافعات، سابق الإشارة اليه، ص ١٠٣٩ وما يليها.

(٢٨) انظر فى دراسة تفصيلية بشروط الحكم فى طلبات وقف التنفيذ: للمؤلف، طلبات وقف التنفيذ، سابق الإشارة اليه، بند ٨٣ وما يليه.

(٢٩) انظر مع ذلك الرأى الذى يجيز عقد الاختصاص لقاضى التنفيذ بصدد امهال المدين من خلال الحكم بوقف التنفيذ وذلك عندما يكون السند التنفيذى ليس حكما قضائيا: د. أبو الوفاء، المرجع السابق، ص ١٠٣٨.

١٠٦- وقد يقترب من هذه الوسيلة ان يتقدم للمنفذ ضده الى قاضى التنفيذ طالبا منه - من خلال نظام الاوامر على عرائض امهاله فترة زمنية يتمتع خلالها الاجبار على الاخلاء. ولا شك ايضا فى عدم مشروعية هذه الوسيلة حيث ان المشرع قد نظم وكتب التنفيذ بحيث يتم من خلال خصومة قضائية مستعجلة وليس من خلال خصومة العرائض ان صبح التعبير. فضلا عن أن نظام الاوامر انما ورد فى القانون على سبيل الحصر، وليس طلب الوقف - والحقيقة ان الامهال وقف - من بين الحالات التى نص القانون على امكان طلبها من خلال العريضة (٣٠). ولعل ما دفع قضاء التنفيذ للجوء الى هذه الوسيلة بالرغم من عدم ارتكازها على اساس قانونى سليم، هو أنه قد تعرض عليه حالات تتوافر فيها مبررات قوية تدعو الى الشفقة بالمنفذ ضده، حيث يترتب على تنفيذ سند الاخلاء جبرا وبعد يوم من اعلانه ان يجد نفسه واسرته ومنقولاته فى الطريق العام.

١٠٧- ونؤودنا هذه الملاحظة الى أن الاعتبارات العملية وما تقتضيه من ضرورة منح المنفذ ضده بالاخلاء مهلة معقولة لكي يعثر خلالها على مسكن - إن وجد - فى ظل أزمة اسكان مستحكمة، وإن كانت لا تسمح للقاضى بان يصدر على ضئونها حكما مخالفا للقانون الا أنها تضطره أحيانا إلى ذلك. وكان الاولى أن تدفع هذه الاعتبارات المشرع نفسه الى تعديل القانون على نحو يتجاوب معها، حتى لا نجعل القضاء مضطرا الى اباحة المحظور، وهو ما نسلم به على مضمض.

(٣٠) انظر فى الحجج العديدة التى ترفض منح المهلة أو وقف التنفيذ من خلال نظام العريضة: عز الدين الدناصورى وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، من إصدارات نادى القضاء، الطبعة السابعة، ١٩٩٢، ص

مثل هذا التفاوت بين ما يحدث فى التطبيق العملى وبين النصوص لا نجده فى القانون الفرنسى، حيث لم يغفل هذا التنظيم القانونى عن منح المنفذ ضده مهلة حددتها النصوص وتعتبر معقولة بالنظر لمسألة الاسكان هناك. لذلك يبدو لنا مناسبا الاحاطة السريعة بهذا التنظيم حتى يمكن الاستهداء به عندما يحين الوقت ويتدخل المشرع المصرى ويضع التنظيم المقابل.

المطلب الثانى المهل فى القانون الفرنسى

١٠٨ - المهل التى لا يجوز خلالها الاخلاء الجبرى فى فرنسا على انواع أربعة^(٣١)، ويهدف معظمها أساسا إلى رعاية المنفذ ضده عندما يكون محل التنفيذ هو مسكنه الرئيسى. وفى هذا الصدد قد يمكن الجمع بين أكثر من نوع من هذه الأنواع الأربعة.

١٠٩ - فهناك أولا مدة الشهرين والتى نصت عليها المادة ٦٢ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الإشارة إليه^(٣٢). هذه المادة ينحصر مجال

(٣١) لنظر فى شرح هذه المهل:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 21 et s.

(٣٢) ويجرى نص هذه المادة كما يلى:

"Si l'expulsion porte sur un local affecté à l'habitation principale de la personne expulsée ou de toute occupant de son chef, elle ne peut avoir lieu ... qu'à l'expiration d'un délai de deux mois qui suit le commandement. Toutefois, par décision spéciale et motivée, le juge peut, notamment lorsque les personnes dont l'expulsion a été ordonnée sont entrées dans les locaux par voie de fait, réduire ou supprimer ce délai.

تطبيقها في حالات الاخلاء من المكان الرئيسي المخصص للسكنى، وتمنح بقوة القانون لكل منفذ ضده ولو كان قد دخل المكان بطريق التعدى. وهى تسرى ابتداء من اعلان المنفذ ضده بالتنبية بالاخلاء.

هذه المدة تقبل التعديل لاحقا بواسطة القضاء، إما بانقاصها أو حتى بإلغائها، وإما بتطويلها.

فيمكن إنقاصها أو إلغاؤها بحكم (٣٣) لاحق على صدور حكم الاخلاء، ويجب أن يكون حكم الانقاص أو الالغاء هذا مسببا. وليس هناك شروط محددة للاستجابة لطلب الانقاص أو الالغاء. كل ما يستفاد من النص أن ذلك يستهدف بصفة خاصة حالات احتلال المساكن بطريق التعدى المادى.

— كما يمكن من ناحية أخرى إطالة المدة (٣٤) بحكم يضيف إلى مدة الشهرين مدة إضافية لا يجوز أن تزيد عن ثلاثة أشهر (بحيث يمكن بالتالى أن يصل المجموع إلى خمسة أشهر). كل ما هنالك أن الحكم باطالة المدة هنا

= Lorsque l'expulsion aurait pour la personne concernée des conséquences d'une exceptionnelle dureté, notamment du fait de la période de l'année considérée ou des circonstances atmosphériques, le délai peut être prorogé par le juge pour une durée n'excédant pas trois mois*.

(٣٣) ولم تحدد النصوص صراحة القضاء المختص بالانقاص أو الالغاء. إلا أن التفسير الذى يجب اعطاؤه فى هذا الصدد هو الذى يعطى الاختصاص لكل من قاضى التنفيذ وكذلك لقاضى الأمور المستعجلة التابع للمحكمة التى أصدرت حكم الاخلاء. أنظر فى هذا التفسير:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., No. 26.

(٣٤) وقد حددت المادة ١٩٨ من مرسوم ٣١ يوليو ١٩٩١ سابق الإشارة ليه أن القضاء المختص بإطالة المدة هو وحده قاضى التنفيذ بشرط أن يكون اعلان تنبيهه الاخلاء قد تم. أما قبل ذلك فيمكن أيضا اللجوء إلى قاضى الأمور المستعجلة المختص.

أنظر فى ذلك:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 42.

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 29.

مرهون بأن يكون الاخلاء - فى ظل ظروف الدعوى المرفوعة بطلب التمديد - من شأنه أن يؤدي إلى نتائج قاسية للمنفذ ضده مما يتجاوز الحدود المعقولة. ومن المعايير التى يمكن أن يستلهمها القاضى فى هذا الصدد ما ذكره النص على سبيل المثال كالوقت من السنة أو الظروف الجوية^(٣٥).

١١٠ - وهناك ثانياً مدة الثلاثة أشهر كحد أدنى والثلاث سنوات كحد أقصى، والمنصوص عليها فى المادة ل ٦١٣ - ١ من تقنين البناء والإسكان^(٣٦). والأماكن الخاضعة لتطبيق هذه المادة تشمل الأماكن المخصصة للسكنى - رئيسية كانت أم غير رئيسية - وتلك المخصصة للاستعمال المهنى (التجارى أو الصناعى أو الحرفى أو المهن الحرة)، ويصرف النظر عما إذا كان له سند قانونى، أم لا^(٣٧). والمدة هنا لا تمنح

(٣٥) أنظر فى تطبيقات قضائية لفكرة النتائج التى تتجاوز الحدود المعقولة إذا حدث الاخلاء، وذلك قبل ظهور نص المادة ٦٢ - من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الإشارة إليه - إلى الوجود، وأن ذلك ينطبق على حالة الأشخاص البالغين الخاضعين للحماية، وعلى الحالة الصحية للشخص وكونه طاعناً فى السن ومريضاً مرضاً شديداً، وعلى الأعباء العقلية الثقيلة وضعف الموارد وصعوبات العثور على مسكن آخر:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 41.

(٣٦) ويجزى نص هذه المادة كما يلى:

"Le juge des referes ... peut ... accorder des delais renouvelables ..."

وتلكى بعد ذلك المادة ل ٦١٣ - ٢ وتحدد هذه المهلة وتقول:

"La duree des delais prevus a l'article precedent ne peut, en aucun cas, etre inferieure a trois mois ni superieure a trois ans".

(٣٧) أنظر فى نطاق تطبيق المادة ل ٦١٣ - ١ من تقنين البناء والإسكان:

C. LARHER LOYER, Op.Cit., no 28 et s.

ويلاحظ أنه لا تنطبق مهلة هذه المادة على كل من: المساكن المشغولة بواسطة طلاب لم يعودوا مستوفين للشروط التى على ضوئها تم إسكانهم، والمساكن التى صدر حكم بإخلائها لصالح المالك بالاستناد إلى حقّه فى استعادة مسكنه المؤجر. أنظر فى ذلك:

بقوة القانون وإنما بناء على حكم يشترط لصدوره في صالح المنفذ ضده^(٣٨) إلا يكون ممكناً إعادة للتسكين وفق أوضاع طبيعية *des conditions normales*. معنى ذلك أن القاضى لا يأخذ في اعتباره لى يقرر مبدأ منح المهلة إلا ظروف شاغل المكان. على أن ظروف الطرفين معا - شاغل المكان ومالكه - تدخل في الاعتبار عند تحديد مدة هذه المهلة.

ويلاحظ هنا أن هذه المهلة قد تمنح من القاضى الذى أصدر الحكم بالإخلاء وفي نفس هذا الحكم. وهنا لا مانع من أن يقررهما للقاضى من تلقاء نفسه^(٣٩).

أما بعد صدور حكم الإخلاء وخلوه من المهلة - لعدم طلبها وفي نفس الوقت لم ير القاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه - فإن الاختصاص بطلب المهلة لا ينعقد لقاضى الإخلاء وإنما لقاضى الأمور المستعجلة أو لقاضى التنفيذ^(٤٠). وعلى أية حال، فإن مجرد التقدم بالطلب ليس مانعاً من التنفيذ^(٤١).

(٣٨) أنظر في شروط منح المهلة المنصوص عليها في المادة المذكورة بالمتن.
C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 30.

(٣٩) وهو ما تقرره المادة ل ٦١٣ - ١ فقرة ثانية صراحة.
(٤٠) فقبل اعلان التنبيه بالإخلاء ينعقد الاختصاص لأى منهما، أما بعد هذا الاعلان فلا ينعقد الاختصاص إلا لقاضى التنفيذ وحده. أنظر في الاختصاص بمنح مهلة المادة ل ٦١٣ - ١، السالفة الذكر.

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 31.

(٤١) أنظر في الحكمة من ذلك ولها تتمثل في ألا يسعى المنفذ ضده لى ناطلة اجراءات خصومة هذا الطلب، وأنظر أيضاً في أن ما يخفف من ذلك هو امكانية طلب هذه المهلة أثناء خصومة دعوى الإخلاء وقبل صدور الحكم به، وأنظر كذلك في أن على المحضر أن يكون حذراً حتى لا تتعقد مسئوليته، فعليه ألا يقوم بتنفيذ الإخلاء جبراً بينما الحكم في طلب المهلة كان على وشك الصدور:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 28.

١١١ - وهناك ثالثا المهلة الشتوية *la treve hivernale* التى نصت عليها المادة ل ٦١٣ - ٣ من تقيين البناء والاسكان. فوفقا لهذه المادة يقف الاخلاء الجبرى وذلك بقوة القانون فى الفترة ما بين الأول من شهر نوفمبر من كل عام وحتى الخامس عشر من مارس من السنة التالية^(١٧).

وهى مدة مفروضة بقوة القانون ولا تحتاج إلى صدور حكم قضائى بها^(١٨). وهى تطبق إزاء كل أخلاء. يستوى فى ذلك المساكن أو الأماكن المخصصة لممارسة المهن أو الحرف. كما يستوى فى المسكن أن يكون رئيسيا أو ثانويا. كما تطبق حتى بالنسبة لشاغلى الفنادق المفروشة^(١٩). فقط يخرج من نطاق الاستفادة بالمهلة الشتوية طائفتان^(٢٠): الأولى تجمع حالات لم ير المشرع أن تستفيد من المهلة وذلك بالنظر الى طبيعة المكان، حيث لا يستفيد من المهلة الشتوية شاغلى الأماكن المخصصة للطلبة ذلك عندما تصبح الشروط التى على ضوئها تم تسكينهم فى هذه الأماكن غير متوافرة، كما لا يستفيد من المهلة الشتوية أيضا شاغلى الأماكن التى صدر بها قرار بوجود خطورة بصددها *Les logements objet d'un arrete de peril*. أما الطائفة الثانية فهى تجمع حالات وجد المشرع انها لا تحتاج الى المهلة وذلك بالنظر الى ظروفها الشخصية، حيث لا يستفيد من المهلة أيضا الأشخاص الذين أتيح لهم إعادة تسكين فى ظروف مرضية ومراعى فيها لم

(٤٢) ويجرى نص هذه المادة على النحو الآتى:

"Nonobstant toute decision d'expulsion passee en force de chose juge ... il doit etre sursis a toute mesure d'expulsion non executee a la date du 1er decembre de chaque annee jus-qu'au 15 mars de l'annee suivante ...".

(٤٣) انظر فى ذلك: C, LARHER - LOYER, Op.Cit., no 37.

(٤٤) انظر: C, LARHER - LOYER, Op.Cit., no 35.

(٤٥) انظر: C, LARHER - LOYER, Op.Cit., no 36.

شمل الأسرة وتلبية احتياجاتها، والأشخاص الذين شغلوا المكان بطريق
للتعدي par voie de fait.

١١٢ - وهناك رابعا وأخيرا مهلة الستين المنصوص عليها في المادة
١٢٤٤ - ١ من القانون المدني^(٤٦) (وهي القابلة للمادة ٣/٣٤٦ مدنى
مصرى). فبمقتضى هذه المادة يجوز للقاضى أن يمنح المدين مهلة لا تزيد
عن سنتين للوفاء بالتزامه. ولقد ثار التساؤل عما إذا كان هناك محل لتطبيق
هذه المادة على مسألة الاخلاء خاصة بعد الاصلاحات الأخيرة التى دخلت
على قانون المرافعات^(٤٧). فهناك من يرى أنه لم يعد هناك محل لتطبيقها
حيث أنها تواجه فقط الفرض الذى يكون فيه الأداء هو للوفاء بمبلغ من
النقود Obligation de paiement بينما الاخلاء لا يندرج فى هذا
الفرض خاصة بعد تنظيم عدة مهل خاصة بالاخلاء وذلك بقانون ٩ يوليو
١٩٩١ سالف الذكر. بينما هناك رأى ثان يرى أن تنظيم المهل بهذا القانون
لا يعنى أن المبدأ المقرر فى المادة ١٢٤٤ - ١ مدنى لم يعد ساريا فى
مواد الاخلاء وإنما فقط قدر المدة هو ما مسه الاصلاح الأخير. وهناك من
يرى استحسان إبقاء حكم المادة ١٢٤٤ - ١ مدنى ساريا خاصة فى
الحالات التى استبعدت من نطاق تطبيق المادة ٦١٣ - ١ من تقنين البناء
والاسكان كحالة المستأجر الذى بوشرت بصدده دعوى استرداد المكان
المؤجر.

(٤٦) وتجرى عبارة هذه المادة كما يلى:

"Toutefois, compte tenu de la situation de débiteur et en considérant des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou décaler le paiement des sommes dues".

(٤٧) أنظر فى استعراض هذه الآراء: C.LARHER - LOYER, Op.Cit., no 33.

الفصل الثانى إجراءات الإخلاء

١١٣ - تحديد هذه الإجراءات:

إن حصول الإخلاء الجبرى بإجراء واحد عادة، هو اخراج شاغل العين ومتعلقاته منها، لا يجب أن يحول دون ضرورة تنظيم هذا الاجراء. إذ لابد أن يثور التساؤل عن الوقت المسموح فيه بالإخلاء. وإذا كانت الاجابة على مثل هذا التساؤل تحكمها - كما سوف نرى - القاعدة العامة التى تنظم مواعيد الاعلان والتنفيذ، إلا أن ذلك لم يمنع من وجود بعض أوجه خصوصية عندما يكون التنفيذ يجرى بالإخلاء.

وحتى لو تجاوزنا هذا الاجراء، فإن تساؤلا ملحا سيطرح نفسه بعد ذلك ويتعلق بمدى ضرورة قيام محضر التنفيذ بتحرير محضر الإخلاء، وما هى البيانات الواجب ذكرها فيه، ومدى ضرورة تبليغ هذا المحضر للمنفذ ضده.

وهكذا يمكن الإحاطة بإجراءات الإخلاء الجبرى من زوايا ثلاث: الوقت المسموح فيه بالإخلاء، محضر الإخلاء، تبليغ محضر الإخلاء. سوف نخصص لكل منبحثا.

المبحث الأول إجراء الإخلاء فى الوقت المسموح فيه

١١٤ - يلعب الوقت دورا هاما فى مجال الاخلاء الجبرى كدوره فى القانون الاجرائى عموما. وكان قد رأينا حالا^(٤٨) ضرورة ترك مهلة بين إعلان السند التنفيذى والتنبيه بالإخلاء وبين البدء فى التنفيذ فعلا. فإذا انتقضت هذه المهلة وأصبح إجراء الاخلاء الجبرى جائزا، فإن السؤال الذى يطرح نفسه هو الآتى: هل يجوز حينئذ إجراء التنفيذ بالإخلاء فى أى وقت يريده طالب التنفيذ؟

للقاعدة العامة فى التنفيذ الجبرى لا توجب على صاحب الحق فى التنفيذ أن يبادر إلى استعماله فى ميعاد معين بعد انقضاء المهلة المقررة كمقدمة للتنفيذ، فليس هناك نص يعطى معنى معاكسا. وهى قاعدة تبدو - فى عموميتها - منطقية، فالأصل أن المدين لن يضار من تأخير التنفيذ، وإذا فرض ووجد نفسه مضارا فلا عليه إلا القيام بالتنفيذ الاختيارى ويضع بيده نهاية لا تقوم بعدها قائمة للتنفيذ الجبرى. أما الدائن فمن مصلحته عادة أن يبادر باتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى فورا حتى يحصل على حقه، والقاعدة العامة لا تمنعه من ذلك. فإذا ظهر أن مصلحته فى تأخير هذا التنفيذ، فالقاعدة نفسها تمكنه من ذلك. أما المصلحة العامة فهى ليست محل اعتبار، إذ لن تظهر إلا بعد البدء فى التنفيذ، وحتى فى هذه الحالة فهى ليست دائما وأبدا موجودة.

(٤٨) انظر ما سبق، بند ١٠٧

ومع ذلك فإن هذه القاعدة ليست مطلقة. فهناك قيد "عام" يرد عليها ويسرى أيا كان نوع التنفيذ أو سنده، وهناك أيضا قيد "خاص" يسرى بشأن الإخلاء الجبرى، بل وفى حالة محددة.

١١٥ - أما القيد "العام"، فهو ما نصت عليه المادة ٧ مرافعات من أنه "لا يجوز إجراء أى .. تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحا ولا بعد الساعة الخامسة مساء ولا فى أيام العطلة الرسمية، إلا فى حالات الضرورة وبإذن كتابى من قاضى الأمور الوقتية".

والحكمة من هذا القيد هى اعتبارات السانبة ومراعاة حرمة الحياة الخاصة. ونظرا لعمومية النص السابق - وتوافر الحكمة منه - فهو ينطبق على الإخلاء الجبرى بحيث لا يجوز إجراء الإخلاء جبرا فى الساعات أو الأيام التى منع القانون فيها إجراء التنفيذ.

ولكن ماذا لو توافرت ضرورة تبرر الخروج من القيد^(٤٩) والدخول إلى رحاب القاعدة العامة؟

تجيب المادة السابقة نفسها على ذلك بضرورة حصول طالب التنفيذ على إذن بذلك من قاضى الأمور الوقتية^(٥٠).

(٤٩) الواقع من الأمر أن الخروج على القيد المنصوص عليه فى أول المادة ٧ مرافعات يأخذ صورا عديدة، فهو يمكن أن يأخذ صورة البدء فى التنفيذ فى غير الساعات المقررة أو فى أيام العطلات الرسمية. كما يمكن أن يأخذ صورة الاستمرار فى التنفيذ بعد الساعات المقررة أو فى أيام العطلات الرسمية بعد أن يكون قد بدء فى الوقت المسموح به قانونا.

ومن الناحية المقارنة، تجدر ملاحظة أن القانون الفرنسى قد انطوى على تنظيم مشابه^(٥١) لنظيره المصرى. فقد منع التنفيذ - عموما - فى غير الساعات المقررة وفى أيام العطلات الرسمية، كما سمح بالخروج على هذه القاعدة عند الضرورة وبأن من قاضى التنفيذ. إلا أنه بالنسبة للتنفيذ الذى يستدعى الدخول فى أماكن مخصصة للسكنى - وهو ما ينطبق عملا على معظم حالات الاخلاء - فإن نطاق الاستثناء وفقا للقانون الفرنسى لا يمتد إلى السماح بالتنفيذ فى غير الساعات المقررة^(٥٢) وإنما يقتصر فقط - ومع

(٥١) ولا يجوز استثناء الاخلاء الجبرى من نطاق هذا الاذن. إذ عندما أراد المشرع الاعفاء من إذن القضاء وفى حالة محددة نص على ذلك صراحة. نقصد بذلك نص المادة ٢/٣٦٠ مرفعات بصدد ضرورة الاستمرار فى الحجز بعد المواعيد المقررة أو فى أيام العطلات الرسمية. مما يفيد إرادة المشرع ضرورة الاذن فى غير هذه الحالة. كما أنه لا يقاس الاخلاء على الحجز بشأن حكم للمادة ٢/٣٦٠ هذه، نظرا لأن الاخلاء عادة يتم فى يوم واحد وساعات قليلة يكفيها القدر المسموح به قانونا - أى فى يوم عادى ومن السابعة صباحا وحتى الخامسة مساء - بحيث لا يقتضى الحال الاستمرار بعد هذا الميعاد، ثم إنه إذا اقتضى الحال الاستمرار فى الميعاد فليس على الاخلاء خوف من توقف الاجراءات ثم متابعتها فى اليوم التالى - شرط ألا يكون يوم عطلة - خلال الساعات المقررة، إذ ليس هناك منقولات مادية يجرى التنفيذ عليها وخشى تهريبها، وهى الحكمة التى اقتضت السماح للمحضر بالاستمرار فى التنفيذ بالحجز دون إذن القضاء عند الضرورة.

(٥٢) جاءت بهذا التنظيم المادة ٢٨ من قانون ٩ يوليو ١٩٩١ سابق الإشارة إليه، وتجرى عبارتها كما يلى:

"Aucune mesure d'exécution ne peut être effectuée un dimanche ou un jour férié, si ce n'est en cas de nécessité et en vertu d'une autorisation spéciale du juge.

Aucune mesure d'exécution ne peut être commencée avant six heures et après vingt et une heures sauf, en cas de nécessité, avec l'autorisation du juge et seulement dans les lieux qui ne servent pas à l'habitation".

(٥٢) ويلاحظ أن حظر المشرع الفرنسى للاذن فى هذه الحالة يعكس مدى حرصه على حرمة الحياة الخاصة، إلا أن خلو التشريع المصرى من حظر مماثل لا يعنى لوات الحكمة منه. إذ من الصعب القول بتوافر حالة ضرورة تبرر صدور اذن القضاء باجراء الاخلاء فى غير الساعات المقررة. أنظر ما سبق هامش ٥٠.

مراعاة توافر الضرورة وإن القضاء - على السماح بالتنفيذ فى أيام العطلات الرسمية.

١١٦ - أما عن القيد الخاص بالاخلاء الجبرى فى حالة محددة، فنقصد بذلك الإخلاء من مكان خاضع لقوانين الإيجار الاستثنائية وذلك بمقتضى حكم صادر من القضاء المستعجل بسبب التأخير أو الامتناع عن سداد الأجرة. فمثل هذا الحكم يجب تنفيذه "فى مواجهة المستأجر" كما تقول المادة ١٨ من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ سابق الإشارة إليه. وهذا الشرط يقتضى - كما سبق وقلنا (٥٣) - أن يحدد طالب التنفيذ تاريخ الإخلاء وذلك فى إعلان السند التنفيذى وإنذار المنفذ ضده. كما يقتضى أن يلتزم طالب التنفيذ بهذا الميعاد، إذ قد يكون المنفذ ضده قد أراد أن يقوم بسداد الأجرة - وما فى حكمها - وذلك عند التنفيذ حتى يتفادى إجراء وهو حق يعطيه له القانون.

المبحث الثانى

محضر الإخلاء

١١٧ - قلنا أن المشرع المصرى قد أغفل إغفالا تاما تنظيم الأحكام العامة لاجراءات التنفيذ المباشر، كما أنه لم يتعرض للتنفيذ بالاخلاء بأى تنظيم خاص. على أن نقص التشريع فى هذا الصدد لا يمنع من وجوب قيام المحضر عند مباشرته للإخلاء بعمل محضر يثبت فيه إتمام الإخلاء (٥٤).

(٥٣) أنظر ما سبق، بند ٥٤.

(٥٤) أنظر فى هذا المعنى: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٣٣٢.

وإذا أردنا أن نلتزم سنداً تشريعياً لوجوب تحرير محضر الإخلاء فلنأخذ
نجدّه في نص المادة ٢٧٨ من المقات والتي توجب عرض ملف التنفيذ على
قاضى التنفيذ عقب كل إجراء. ولا يتصور إعمال هذه المادة فيما نحن
بصدده إلا إذا قام المحضر عند تمام الإخلاء بتحرير محضر بذلك يودعه
ملف التنفيذ حتى يمكنه العرض على قاضى التنفيذ.

على أن عدم وجود نص صريح يوجب إعداد محضر بالإخلاء ويعين
البيانات الواجب ذكرها فيه وضرورة تبليغه للمنفذ ضده وكيفية هذا التبليغ،
ربما يثير الشكوك حول لزوم كل ذلك. وكنا نفضل تقادياً للشكوك أن يتدخل
المشرع المصرى فى هذا الصدد صراحةً وذلك على غرار نظيره الفرنسى.

١١٨ - إذ لم يشأ المشرع الفرنسى الحديث أن يترك الالتزام بتحرير
محضر الإخلاء محلاً للشك، كما أنه لم يشأ أن يترك إعداد هذا المحضر
بواسطة محضر التنفيذ مرسلًا بدون ضوابط وإنما نظمته بحيث يتضمن
عدة بيانات من شأنها تسهيل مهمة المنفذ ضده - بعد إبلاغه بالمحضر -
فى الاعتراض على عدم قانونية الإجراءات، وكذلك إتاحة الفرصة لقاضى
التنفيذ لمراقبة - مدى قانونيتها^(٥٥).

وانطلاقاً من ذلك، جاءت المادة ١٩٩ من مرسوم ٣١ يوليو سابق
الإشارة إليه^(٥٦)، لتفرض على المحضر تحرير محضر بعملية الإخلاء يجب
أن يحتوى على عدة بيانات وإلا كان باطلاً.

(٥٥) انظر: C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 49.

(٥٦) ويجرى نص هذه المادة كما يلى:

فيجب أن يشتمل المحضر على وصف للأعمال التي قام بها المحضر وعلى هوية الأشخاص الذين اضطر إلى الاستعانة بهم.

كما يجب أن يشتمل المحضر على تحديد المحكمة المختصة بالفصل في المنازعات التي تتعلق بعملية الاخلاء الجبرى (وهى عادة قاضى التنفيذ الذى يقع فى دائرته موقع العقار).

كما يجب أن يشتمل على توقيع الأشخاص الذين اضطر المحضر إلى الاستعانة بهم، وكذلك على توقيع المنفذ ضده إن كان حاضرا. وفى حالة رفض أى من هؤلاء التوقيع فيجب اثبات واقعة الامتناع فى المحضر. وبالطبع يجب أن يشتمل المحضر على توقيع المحضر نفسه. هذا فضلا عن بيانات أخرى يتوقف وجوب ذكرها على ما إذا كان هناك أم لا منقولات بالمكان^(٥٧).

= "L'huissier de justice dresse un proces - verbal des operations d'expulsion qui contient, a peine de nullite:

- 1- La description des operations auxquelles il a ete procede et l'identite des personnes dont le concours a ete necessaire;
- 2- La designation de la juridiction competente pour statuer sur les contestations relatives aux operations d'expulsion.

Le proces - verbal est signe par toutes les personnes mentionnees au 1o. En cas de refus de signer, il en est fait mention".

(٥٧) وهى بيانات أشارت إليها المادتان ٢٠٠ و ٢٠١ من المرسوم وسوف لتناول تفصيلاتها لاحقا. أنظر ما يلى، بند ١٢٢ وبند ١٢٤

المبحث الثالث إبلاغ المنفذ ضده بمحضر الإخلاء

١١٩ - ليس هناك نص فى القانون المصرى يوجب تسليم المنفذ ضده إذا حصل الإخلاء بحضوره - أو بحضور احدى أشخاص الذين يجوز تسليم الأوراق القضائية إليهم كمن يقرر أنه وكيله أو يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار - صورة من محضر الإخلاء، كما لا يوجد نص يوجب اعلائه بالمحضر إذا حصل الإخلاء فى غيبته. وغياب النص هنا متوقع نظرا لعدم وجود نص أصلا يوجب عمل محضر للإخلاء، بل ولغياب كل تنظيم لإجراءات التنفيذ المباشر عموما.

على أن غياب النص لا يحول دون القول بأن من الملائم إبلاغ محضر الإخلاء للمنفذ ضده وذلك لأهمية هذا التبليغ. إذ أن تسليم صورة المحضر إليه أو اعلائه بها سوف يضعه أمام مسؤولياته المترتبة على التنفيذ. إذ لم يعد جائزا أن يعود لشغل المكان الذى تم إخلاؤه منه - وقد أثبتنا علمه بحصول الإخلاء عن طريق تبليغه بمحضره - والا تعرض للمساءلة القانونية المدنية منها والجنائية، كما أنه أصبح مطالبا بسحب منقولاته من العين التى تم إخلاؤه منها وإلا تحمل نفقات حراستها أو أن يحرم من ملكيته لها بعد الإضطرار لبيعها بالمزاد، بل وقد يصل الأمر إلى اعتباره تاركا لها. ومن ناحية أخرى فإن تبليغ المحضر إلى المنفذ ضده يعد أيضا فى مصلحة هذا الأخير، إذ يسهل مهمته فى المنازعة فى التنفيذ إن كان لها وجه.

لكن تبقى ملاحظة أن عدم نص المشرع على وجوب تبليغ محضر الحجز من شأنه ألا نكون أمام إجراء جوهري، وألا يترتب - بالتالي - أي بطلان على مخالفته، على الأقل بالنسبة للاخلاء، خاصة وهو إجراء - إن تم - يعد لاحقا عليه^(٥٩).

وكنا نفضل أن يتدخل المشرع وينظم محضر الاخلاء وتبليغه كما فعل المشرع الفرنسي الحديث. فقد تعرفنا قبلا على أن هذا الأخير قد نظم محضر الاخلاء من حيث وجوب تحريره والبيانات الواجب ذكرها. وما هو يستكمل المشوار وينص أيضا على وجوب تبليغه وكيفية هذا التبليغ. فطبقا للمادة ٢٠٠ من مرسوم ٣١ يوليو سابق الإشارة إليه فإن محضر الاخلاء يجب أن يسلم للمنفذ ضده (وهذا يفترض أنه كان حاضرا) وإلا فيجب إعلانه به^(٦٠).

(٥٩) ولقد تعرض الكتاب الدوري رقم (١) لسنة ١٩٨٨ لتفتيش المحضرين لمسألة مدى ضرورة إعلان محاضر الطرد أو الإخلاء المحررة ضد المدعى عليهم في مواجهة الإدارة، في حالة غيابهم أو عدم التوقيع على الأمدل باستلام الصورة، وانتهى إلى ضرورة إعلان المنفذ ضدهم لصورة من محاضر الطرد أو الإخلاء حتى لا تظل الاجراءات التي تمت لقصة من الناحية الإجرائية. أنظر في ذلك: جرد الفتاح مراد، أصول أعمال المحضرين، سابق الإشارة إليه، ص ٣٥٦ وما بعدها.

(٦٠) أنظر في أن التسليم يعد إعلانا la remise vaut signification وإن هناك عقبات عملية تصلاف عملية إعلان محضر الاخلاء بالنظر إلى أن المنفذ ضده قد يغادر المكان دون أن يترك عنوانه لأحد ولا يسهل التعرف على عنوانه الجديد لو مكان عمله، وأن على المحضر في هذه الحالة أن يحرر محضر عدم وجود
"Proces - verbal de carence
أنظر:

الفصل الثالث

مصير المنقولات

المبحث الأول

طرح المشكلة والنموذج الفرنسي

١٢٠ - عادة ما يرد الإخلاء على مكان مخصص للسكنى. ولذلك فإنه لكي يتم هذا الإخلاء يجب تسليم المكان "خاليا" لطالب التنفيذ، وهو ما يقتضى ليس فقط إخراج الفرد أو الأفراد شاغلي المكان منه، وإنما إخراج منقولاتهم أيضا.

وكالعادة، لم يمن المشرع المصرى بتحديد القواعد الواجب اتباعها بشأن وضع المنقولات^(٦١) التى قد توجد بالعين المطلوب إخلاؤها رغم الحاجة إلى تنظيم قانونى فى هذا الصدد. فمن الاسئلة التى تطرح نفسها عندئذ وتحتاج إلى إجابة من المشرع ما يلى: ما هو الاجراء الواجب اتباعه تجاه المنقولات إذا لم يكن المنفذ ضده - أو أحد من ذويه - حاضرا، أو كان حاضرا ورفض إخراجها؟ قد تكون الاجابة هى أن يقوم المحضر بتعيين طالب التنفيذ - أو أحد من ذويه الحاضرين - حارسا عليها. ولكن هل هذه حراسة اجبارية، وإلى متى تظل قائمة على فرض استمرار تعنت المنفذ ضده أو غيابه؟ وقد تكون الاجابة هى أن يقوم المحضر بإخراجها إلى الطريق

(٦١) الواقع أن مصير هذه المنقولات هو ما يثير مشاكل - كما سنرى حالا - فى هذا الصدد. أما إخراج شاغلي المكان من الأفراد فهو لا يحتاج الى تنظيم خاص. فيكفى أن يطلب المحضر منهم الخروج طواعية وإلا استعان بالقوة العامة فى طردهم وينتهى الأمر.

العام. ولكن ألا يضر هذا الحل بالمنفذ ضده - دون مبرر - خاصة إذا كان غائباً، كما قد يضر أيضاً بدائنيه إذا كانت هذه المنقولات محجوزة من قبل؟ وقد تكون الإجابة هي أن يقوم المحضر بإخراج المنقولات من العين المطلوب إخلاؤها حيث يودعها بعد ذلك لدى حارس. ولكن من يتحمل مصاريف نقل المنقولات خاصة إذا توجب دفعها في الحال؟ وإلى متى تظل الحراسة قائمة؟ وما هو الحل إذا مضت فترة طويلة ولم يتقدم صاحب المنقولات لتسلمها ولم تكن قيمتها كافية للوفاء بأجرة الحراسة؟ قد يكون الحل في مثل هذه الظروف هو بيع هذه المنقولات بالمزاد العلني. ولكن هل يمكن أن يرد هذا البيع حتى على أوراق المنفذ ضده الشخصية والتي تعنيه أكثر من أى شخص آخر غيره؟ ولذلك كيف يتم الاحتفاظ بها لمصلحته عندئذ؟

وهكذا يتضح أن الأسئلة المطروحة متعددة ولكل سؤال منها أكثر من اجابة محتملة. ولا شك في أن عدم وجود تنظيم تشريعى للمسألة يثير الشك حول الاجابة الواجب الوقوف عندها في كل حالة. وإلى أن يتدخل المشرع المصرى، يبدو لنا مفيداً التعرف على التنظيم القانونى الفرنسى للمسألة. فقد تنبه المشرع الفرنسى الحديث لجدوى تنظيم مسألة الإخلاء الجبرى وعمل على تفصيل القواعد الواجب اتباعها. وكان لمصير المنقولات الموجودة بالعين نصيب كبير فى هذا التنظيم.

١٢١- وإذا استعرضنا النصوص القانونية الفرنسية في المسألة (٦٢) ،
فلسوف نجدها قد نسجت على أساس التفرقة بين فرضين أساسيين، وأعطى
بحسب ما إذا كانت المنقولات الموجودة بالعين محجوزا عليها من قبل أم لا.
وسوف نخصص لكل فرض مبحثا.

المبحث الثاني مصير المنقولات المحجوزة

١٢٢ - فعندنا تكون المنقولات الموجودة بالعين غير قابلة للتصرف
فيها بسبب وجود حجز موقع عليها (٦٣) من قبل بواسطة دائن آخر غير
طالب الإخلاء، فالمبدأ أن المنفذ ضده بالإخلاء - وهو في نفس الوقت
المحجوز عليه والحارس عادة على هذه المنقولات - ليس له أن ينقل بحرية
هذه الأموال من مكانها (٦٤)، وهو مبدأ مقرر لحماية حقوق الدائن الحاجز.

(٦٢) وهي نصوص المواد ٢٠٠ - ٢٠٧ من مرسوم ٣١ يوليو سابق الإشارة إليه.
(٦٣) ولكن كيف يمكن معرفة أن المنقولات المطلوب إخلاء العين منها محجوزة؟
والاجابة على ذلك هي أنه إما أن المحضر الذي يقوم بالإخلاء هو ذاته الذي قام
بالحجز وإما أن المنفذ ضده قام بإعلام المحضر بوجود الحجز. ونظرا لأنه لا
يوجد مع الاعتماد بصفة مطلقة على علم المحضر للشخص بسبق الحجز، فإن
القانون الفرنسي قد فرض التزاما على المحجوز عليه بإعلام المحضر أن الأموال
محجوزة وبإطلاعه على محضر الحجز (أنظر في هذا الالتزام المادة الخامسة
من مرسوم ٣١ يوليو سابق الإشارة إليه، مع ملاحظة أنها تتناول الفرض الذي
يراد فيه توقيع حجز من دائنين جدد وذلك على نفس المال للمحجوز من قبل).
ولضمان تنفيذ المحجوز عليه لالتزامه بالإعلام، فرضت عليه المادة ٢١٢ - ٤
من التقنين الجنائي الفرنسي الجديد عقوبة التهديد في حالة إخلاله به.

أنظر : C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 58.

(٦٤) أنظر في أن الحجز على المنقولات يمنع المحجوز عليه من التصرف فيها أو حتى
نقلها من مكانها؛ نص المادة ٢٢١ - ٤ من مرسوم ٣١ يوليو سابق الإشارة إليه،
والذي يلزم المحضر بأن يذكر في محضر الحجز هذا المبدأ.

ولذلك فإنه طبقا للمادة ٢٠٠ من المرسوم^(٦٥) إما أن يعين المنفذ ضده مكانا ويتم نقلها إليه وإلا قام المحضر بوضعها لدى حارس^(٦٦). وفي كلتا الحالتين يقوم المحضر بعمل جرد لهذه المنقولات يبينه في محضر الاخلاء^(٦٧) مع ذكر المكان الذي أودعت فيه^(٦٨).

ويجب على المحضر بعد ذلك إبلاغ الدائن الحاجز بمحضر الاخلاء^(٦٩).

(٦٥) ويجري نص المادة ٢٠٠ من مرسوم ٣١ يولييه ١٩٩٢ منابى الإشارة اليه كما يلي:

"Lorsque les biens situes dans un local sont indisponibles en raison d'une saisie anterieurement pratiquée par un autre creancier, ils sont remis a un sequestre, a moins que la personne expulsée n'indique le lieu ou ils seront transportés. Il en est dressée inventaire dans le proces - verbal d'expulsion, avec l'indication du lieu ou ils seront déposés.

(٦٦) ويلاحظ أن المادة ٢٠٠ من المرسوم لم تنص صراحة على إمكانية ترك المنقولات في مكانها. على أن ذلك لا يمنع من تعيين طالب الاخلاء حارسا وبالتالي بقاء المنقولات في مكانها.
أنظر في هذا التفسير:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 59.

(٦٧) فطر في أهمية هذا الجرد وثباته بالمحضر سواء بالنسبة للحاجز (حيث سيكون تحت يده اثبات حالة المنقولات المحجوزة في وقت الجرد) أم بالنسبة للمحضر (ونذلك للدفاع عن نفسه إذا ما أثبتت مسؤوليته):

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 61.

(٦٨) وتظهر فائدة هذا البيان بالنسبة للحاجز في الحالات التي يحق له فيها تسلم المنقولات المحجوزة. ويلاحظ أن النص وإن لم يفرض بيان شروط دخول المكان وذلك في المحضر، إلا أن من المناسب ذكرها فيه. أنظر في هذا الرأي:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 62.

(٦٩) فليس مطلوباً القيام بهذا التبليغ قبل اخراج المنقولات المحجوزة ونقلها إلى مكان آخر. والحكمة من عدم تطلب ذلك هي ألا يتأخر تنفيذ الاخلاء، وهو - أي الاخلاء - على أية حال مسرغ شرعى لنقل المنقولات المحجوزة من مكانها.
أنظر في ذلك:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 63.

وهذا الحل الذى يأخذ به المشرع الفرنسى صراحة، كما تأخذ تشريعات أخرى بحل مماثل (٧٠) لا يوجد ما يقابله فى القانون المصرى. على أن غياب التشريع فى هذا الصدد لم يمنع اللقمة (٧١) الذى تعرض للمسألة من المناداة بأن الحل الواجب اتباعه يتمثل فى أن المحضر لا يجوز له إلقاء المنقولات المحجوزة فى الطريق العام، وإنما عليه أن يرفع الأمر بصفة مستعجلة إلى قاضى التنفيذ، والذى عليه أن يتخذ التدابير اللازمة للمحافظة على حق الغير عليها.

وإذ نعلن إنضمامنا لهذا رأى بالنظر إلى أن سنده فى ذلك يتمثل فى نص المادة ٢/٤٤٩ مرافعات والتي أوجبت على طالب التسليم بمقتضى حكم إيقاع البيع للعقار المنزوعة ملكيته جبرا بمقتضى إجراءات الحجز العقارى، بأن يطلب من قاضى التنفيذ بصفة مستعجلة إتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على حقوق أصحاب الشأن وذلك فى الحالة التى توجد فيها منقولات بالعقار المطلوب تسليمه (يلاحظ أن تسليم العقار هنا يتضمن الإخلاء بفرض أنه ليس سكنا للمنفذ ضده وليس مؤجرا لغيره إيجارا يعتد به فى مواجهة المشتري بالمزاد) ويتعلق بها حق لغير المنفذ ضده (وهو ما ينطبق على حالة أن تكون هذه المنقولات محجوزة)، وهو نص وإن ورد فى حالة خاصة إلا أنه ينطوى على حل لا مانع من إعطائه مدلولاً عاماً ينطبق بشأن حالات الإخلاء عموماً حينما تتواجد بالعين المطلوب إخلاؤها منقولات محجوزة.

(٧٠) نقصد بذلك التشريع الإيطالى، حيث تنص المادة ٦٠٩ مرافعات إيطالى على أنه يجب على المحضر فى هذه الحالة أن يخطر الدائن الذى وقع الحجز والقاضى الذى أشرف عليه لى تتخذ إجراءات نقل هذه المنقولات إلى مكان آخر. أشار إلى هذا النص: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٣٣٢.

(٧١) نقصد تحديداً الاستاذ العميد د. فتحى والى، انظر المرجع السابق، بند ٣٣٢.

ويمكن أن نضيف إلى هذا السند سندا آخر مستمدا من التشريع أيضا، وهو نص المادة ٣٦٥ مرافعات والتي تواجه حالة الحجز على منقولات لا يجد المحضر من بحرسها. ففي هذه الحالة يجب على المحضر رفع الأمر إلى قاضى التنفيذ أيضا.

فيمكن أن يستفاد من هذين النصين إذن حرص المشرع على حماية الدائن الحاجز بضرورة اللجوء إلى قاضى التنفيذ عندما توجد أموال محجوزة يخشى عليها من الضياع إذا انتقلت حيازة المكان الموجودة به لغير حارسها أو كانت لا تزال تبحث عن حارس.

كما يمكن أن يستفاد من هذين النصين أيضا أن اللجوء إلى قاضى التنفيذ يمكن أن يكون بناء على طلب صاحب الشأن أو المحضر. فالمهم أن يرفع الأمر إلى القضاء من أحد أشخاص التنفيذ.

فإذا ما رفع الأمر لقاضى التنفيذ، فإن الحل الذى يصدر به قرار من هذا الأخير هو - وبالقياس على نص المادة ٣٦٥ مرافعات - إما بنقل المنقولات وإيداعها عند أمين يقبل الحراسة، وإما بتكليف أحد رجال الإدارة بالمنطقة للحراسة مؤقتا. ويمكن أن نضيف إلى هذين الحلين حلا ثالثا لا يوجد مانع من صدور قرار به هو أن تظل المنقولات فى مكانها مع تعيين طالب الاخلاء حارسا بناء على طلبه.

على أنه تفاديا للشكوك حول صحة هذا الحل أو ذاك، يحسن بالمشرع المصرى أن يتدخل بنص صريح يعين الحل الواجب الإلتفاع فى هذه الحالة. ونحن نشير عليه فى هذا الصدد باستحسان الحل الفرنسى للمسألة. فبدلا من اللجوء إلى قاضى التنفيذ وتأخير إتمام الاخلاء (على فرض أن الاخلاء الجبرى لم يعد موقوفا) يحسن - كما هو الحال فى القانون الفرنسى - بأن يتولى المحضر تعيين الحارس الجديد على المنقولات المحجوزة والتي كانت بالعين محل الاخلاء. وليست هذه المهمة جديدة على المحضر، فوفقا للمادة ٣٦٤ مرافعات مصرى والتي تطبق على حجز المنقول، فإن الذى يقوم بتعيين الحارس على الأشياء المحجوزة هو المحضر والذى يقوم بذلك من تلقاء نفسه ودون اذن من قاضى التنفيذ. لن يكون اذن مستغربا تبنى حل مماثل بالنسبة لمصير المنقولات المحجوزة إذا كانت أيضا محلا للإخلاء الجبرى.

المبحث الثالث

مصير المنقولات المحجوزة

١ - المحافظة على المنقولات لمدة شهر:

١٢٣ - عندما تكون المنقولات الموجودة بالعين فى حل من أى حجز، فقد يكون المنفذ ضده - أو أحد من طرفه - حاضرا ويعين المكان الخارجى الذى توضع فيه هذه المنقولات، وعندئذ يتخذ مصير هذه المنقولات، إذ كما تقول المادة ٦٥ من قانون ٩ يوليو سابق الإشارة إليه (٧٢)،

(٧٢) وتجربى عبارة هذه المادة فى هذه الحالة كما يلى:

يتم نقل المنقولات إلى هذا المكان وذلك على نفقة المنفذ ضده^(٧٣). ولكن قد لا يكون المنفذ ضده حاضرا أو كان حاضرا لكنه لم يعين المكان الذي تنتقل إليه منقولاته. وعندئذ لن تحل مشكلة المنقولات إلا حلا مؤقتا. وهو حين تحدده المادة ٦٥ سالف الذكر^(٧٤) حيث تعطى المحضر الخيار بين إما أن يترك المنقولات في مكانها^(٧٥) وإما أن يودعها مكانا آخر يختاره هو^(٧٦).

١٢٤- وأيا كان الحل الذي أختاره المحضر، فإنه طالما لم يأخذ المنفذ ضده منقولاته فإن على المحضر أن يضيف في محضر الاخلاء - بالإضافة

"Les meubles se trouvant sur les lieux sont remis, aux frais de la personne expulsée, en un lieu que celle-ci désigne".

(٧٣) ولم يتعرض للنص لحالة عدم وجود المبلغ اللازم لذلك مع المنفذ ضده في هذا الوقت. ولحل المشكلة يقترح البعض الآتي:

إما أن يقوم طالب الاخلاء بدفع هذا المبلغ للنقل (ويستردها بعد ذلك من المنفذ ضده)، وإما أن تظل المنقولات في مكانها إلى أن يسحبها صاحبها أو يتم بيعها بالمزاد. أنظر في هذين الحليين:

C, LARHER LOYER, Op.Cit., no 65.

(٧٤) وتجري عبارتها كما يلي:

Les meubles "sont laissés sur place ou entreposés en un autre lieu approprié et décrits avec précision par l'huissier".

(٧٥) ويثور التساؤل عما إذا كان اختيار هذا الحل بواسطة المحضر يتوقف على موافقة طالب التنفيذ عليه أم لا. أنظر في المناقشة التي ثارت عند وضع النص، وأن خلو النص من ضرورة موافقة طالب التنفيذ لا يعني أن هذه الموافقة ليست محلا للاعتبار، كل ما هنالك أن المحضر إما يتصرف باسم طالب التنفيذ ولمصلحته، بحيث إذا اختار هذا الحل فلن يكون إلا لأنه في مصلحة طالب التنفيذ: أنظر:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 68.

(٧٦) فإذا اختار المحضر هذا الحل الثاني فإن تحقيقه يتطلب نقل الأشياء. وهذا النقل إما أن يعرض المنفذ ضده لتجازه بمعرفة وعلى نفقته وعندئذ يجب على المحضر تمكينه من ذلك (أنظر المادة ٥٦ من قانون ٩ يوليو)، وإلا قام المحضر بالتعاقد مع نقل على نفقة طالب التنفيذ مؤقتا والذي يحق له أن يرجع بها بعد ذلك على المنفذ ضده باعتبارها من نفقات التنفيذ. أنظر:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 68 et 69.

إلى بياناته الأخرى - بيانات تتعلق بوضع المنقولات ومصيرها. فطبقاً للمادة ٢٠١ من مرسوم ٣١ يوليو (٧٧). يجب على المحضر أن يجرى جرداً للمنقولات يضمه محضر الإخلاء (٧٨) مع بيان ما إذا كان لها - على ما يبدو - قيمة سوقية (٧٩) أم لا. كما يجب عليه أن يذكر في المحضر المكان الذي وضعت فيه المنقولات وشروط الدخول فيه (٨٠). وكذلك يجب أن يشتمل المحضر على إنذار المنفذ ضده بوجوب سحب المنقولات خلال شهر غير قابل للتجديد وإلا تعرض لأن تباع منقولاته بالمزاد العلني أو الحكم

(٧٧) ويجرى نص هذه المادة كما يلي:

"Si des biens ont été laissés sur place ou déposés par l'huissier de justice en lieu approprié, le procès-verbal d'expulsion contient, en outre, à peine de nullité:

- 1- Inventaire de ces biens, avec l'indication qu'ils paraissent avoir ou non une valeur marchande;
- 2- Mention du lieu et des conditions d'accès au local où ils ont été déposés;
- 3- Sommation à la personne expulsée, en caractères très apparents, d'avoir à les retirer dans le délai d'un mois non renouvelable à compter de la signification de l'acte, faute de quoi les biens qui n'auront pas été retirés seront, sur décision du juge, vendus aux enchères publiques ou déclarés abandonnés selon le cas;
- 4- Convocation de la personne expulsée d'avoir à comparaître devant le juge de l'exécution du lieu de la situation de l'immeuble à une date déterminée qui ne peut être antérieure à l'expiration du délai imparti au 3, afin qu'il soit statué sur le sort des biens qui n'auraient pas été retirés avant le jour de l'audience. L'acte reproduit les dispositions des articles 11 à 14".

(٧٨) والحكمة من هذا البيان هي تفادي إربص المنازل التي يمكن أن تثور بعد ذلك من المنفذ ضده والذي قد يسعى إلى الإدعاء باختفاء بعض منقولاته أو تبديلها. ولذلك فإن المادة ٦٥ من قانون ٩ يوليو أوجبت على المحضر أن يصف المنقولات الموجودة بكل دقة.

أنظر في أن مسؤولية المحضر يمكن أن تثور لاحقاً إذا اكتفى بوصف موجز للأشياء:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 71.

(٧٩) أنظر في أهمية هذا البيان: ما يلي بند ١٢٥ وما يليه.
(٨٠) والحكمة من هذا البيان هي أن المنفذ ضده هو المالك للمنقولات وبالتالي يحق له أن يعرف مكان وجودها وكيفية الوصول إليها. أنظر:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit. no 71.

باعتبارها متروكة^(٨١). أيضا يجب أن يحتوى المحضر على تكليف المنفذ ضده بالحضور أمام قاضى التنفيذ فى تاريخ معين للحكم فى مصير المنقولات التى لم يتم سحبها^(٨٢). وأخيرا يجب أن يذكر فى المحضر نصوص المواد من ١١ إلى ١٤ من المرسوم^(٨٣).

وكعادته أيضا، لم يتعرض المشرع المصرى لهذا الفرض الذى تكون فيه المنقولات الموجودة بالعين المطلوب إخلاؤها غير محجوزة ويمتنع المنفذ ضده عن نقلها. ويشير الفقه^(٨٤) إلى أن المحضر بإمكانه إذا كان المدين موجودا أن يترك هذه المنقولات فى الطريق العام دون تحمل أية مسئولية.

(٨١) وقد بلغ من حرص المشرع على ضرورة هذا البيان - لما له من أهمية تتمثل فى اعلام المنفذ ضده بحقه فى المهلة وفى نفس الوقت فى أنها تمثل إنذارا أخيرا - أنه أوجب كتابته بطريقة على نحو يلفت النظر إليه. (انظر المادة ٢٠١ من مرسوم ٣١ يوليوز).

(٨٢) ويجب أن يكون تاريخ الجلسة - هكذا توجب المادة ٢٠١ ساقطة الذكر - واقعا فى يوم لاحق على انقضاء مهلة الشهر التى يجب أن يسحب المنفذ ضده خلالها منقولاته.

وقد أراد المشرع تحديد هذا التاريخ وذكره فى محضر الاخلاء حتى يعلم به المنفذ ضده عند إبلاغه بمحضر الاخلاء، ولا تقوم الحاجة بعد ذلك إلى تبليغه بميعاد الجلسة تبليغا مستقلا. ولا شك أن مثل هذا التنظيم من شأنه أن يقلل من النفقات وفى نفس الوقت يتلافى الصعوبات التى يمكن أن يقابلها التبليغ المستقل بميعاد الجلسة بعد تبليغ محضر الاخلاء، حيث قد يصعب العثور على عنوان المنفذ ضده فى وقت لاحق على الاخلاء.

انظر: C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 71.

(٨٣) وهى المواد المتعلقة ببعض القواعد الحاكمة لإجراءات الخصومة أمام قاضى التنفيذ كالكافية مثول الخصوم بأنفسهم أو بممثل عنهم وبشفوية المرافعات أو كتابتها.

(٨٤) انظر: د. فتحى والى، المرجع السابق، بند ٣٣٢.

هذا الحل وإن كان يحمّد له أنه يمكن طالب الإخلاء من إجتناء ثمرة حقّه بسرعة وفعالية إلا أنه لا يولّجه الفرض الآخر الذى يكون فيه المنفذ ضده غائبا. فى هذا الفرض لا يجوز عدالة أن ينطبق الحل للمائل حتى لا تكون الأمتعة فى غير عهدة أحد وهو ما قد يثير مسؤولية المحضر. لذلك فالحل الذى نشير به هنا هو أن يقوم المحضر بتعيين حارس على هذه المنقولات، سواء كان طالب التنفيذ ذاته أو آخر غيره. على أن يكون تعيين الحارس هنا بموافقة هذا الأخير ولو كان هو طالب التنفيذ. على أن يراعى المحضر فى اختيار الحارس أن يكون مقتدرا حتى إذا ما ثارت مسؤوليته تجاه المنفذ ضده أمكن الرجوع على الحارس^(٨٥).

فإذا عدنا بعد ذلك الى التنظيم الفرنسى للمسألة، فإنه الى هنا وما زال مصير المنقولات قلقلنا. فالحل السابق كما قلنا هو حل مؤقت. فطبقا للمادة ٢٠٣ من مرسوم ٣١ يوليو سالف الذكر، يكون أمام المنفذ ضده لكى يسحب منقولاته مهلة^(٨٦) شهر واحد غير قابلة للتجديد^(٨٧).

^(٨٥) ويجرى العمل أحيانا على قيام المحضر بتكليف طالب التنفيذ بحراسة المنقولات ولو دون رضاه، ولا يعد ذلك فى نظرنا حلا قانونيا. فالحراسة الإجبارية لا تكون إلا بناء على نص.

كما يجرى العمل أحيانا على قيام المحضر برضاء طالب التنفيذ بجمع المتاع بغرفة من غرف المكان المطلوب إخلاؤه ووضع أختامه عليها ورسم المكان بعد ذلك لطالب التنفيذ. مثل هذا الحل صحيح قانونا ما دام أنه يتم برضاء طالب التنفيذ إلا أنه لا يعفى المحضر من المسؤولية فى مواجهة المنفذ ضده، كما أنه حل لا يتصور أن يكون مستديما، وسوف يتبرم طالب التنفيذ منه يوما ما وتثور الحاجة إلى حل آخر.

^(٨٦) أنظر فى تقييم هذه المهلة وفى أنها وإن بنت قصيرة نسبيا حيث قد لا يتمكن المنفذ ضده خلافا من العثور على ممكن آخر أو حتى مستودع لإيداع منقولاته فيه. إلا أن تطويلها قد يفرى المنفذ ضده على عدم الإسراع بأخذ منقولاته، خاصة إذا كان المحضر قد اختار الحل غير المكلف والمتمثل فى ترك المنقولات فى مكانها؛ وأنظر فى أن ما يخفف من ضيق الميعاد نسبيا هو أنه يمثل مهلة تضاف إلى

والغالب أن يقوم المنفذ ضده باستعادة منقولاته خلال المهلة وتنتهى تماما توابع الاخلاء الجبرى. ولكن ماذا لو انتهت المهلة دون أن يتحرك المنفذ ضده فلم يسحب أيا من منقولاته أو سحب بعضها دون البعض الآخر؟ هذا ما ستجيب عليه الفقرات التالية من خلال التفرقة بين المنقولات ذات القيمة السوقية وغيرها من متعلقات المنفذ ضده.

٢ - بيع المنقولات ذات القيمة السوقية بالمزاد العلنى:

١٢٥ - الفرض الآن أنه قد حل يوم الجلسة التى سبق تحديدها وإبلاغ المنفذ ضده بها، ولم يكن قد قام هذا الأخير بسحب المنقولات بكاملها وذلك من المكان الذى وضعت فيه^(٨٨). هذه الجلسة مخصصة لتقرير مصير هذه المنقولات^(٨٩)، والمحكمة المختصة هى قاضى التنفيذ^(٩٠).

= . واحدة أخرى أو أكثر سبق أن استغلا بها عادة المنفذ ضده منذ صدور السند الأمر بطرده:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 70.

(٨٧) وتسرى مهلة الشهر هذه - كما تقول المادة ٢٠٣ - من وقت تبليغ محضر الإخلاء إلى المنفذ ضده. مع ملاحظة أنه إذا تم تسليم المحضر إلى المنفذ ضده - عندما يكون هذا الأخير حاضرا لعملية التنفيذ، فإن مثل هذا التسليم يعد بمثابة تبليغ. أنظر ما سبق: هامش ٦٠

(٨٨) الملاحظ إذن أنها جلسة احتمالية، إلا أن يكون لها محل - رغم سبق تحديدها - إذا حدث وقام المنفذ ضده بسحب منقولاته بالكامل قبل يوم الجلسة. ولذلك فإن المادة ٢٠٥ من المرسوم تلزم صاحب المكان الذى كانت به المنقولات ومحت بكاملها بأن يعلم قاضى التنفيذ بوقعة السحب بأية وسيلة مكتوبة أو بتقرير فى قلم الكتاب.

أنظر فى أن الاعلام بأية وسيلة مكتوبة وتحقق ولو كانت "فاكس"، وأنه لا جزاء على تخلف هذا الاعلام لعدم خطورته.

C. LARHER - LOYER, Op.Cit. no 75.

(٨٩) وتجدر الإشارة إلى أن دخول النزاع فى ولاية المحكمة *la saisine du juge* وتحقق من خلال ابداع صورة من محضر الاخلاء فى قلم الكتاب وذلك بواسطة المحضر. أنظر فى ذلك نص المادة ١/٢٠٤ من المرسوم، ولتى تقول:

والقرار الواجب إتخاذه في هذه الدعوى هو أولا التصريح ببيع المنقولات التي لم يأخذها صاحبها وذلك بالمزاد العلني^(١١). كل ما هنالك أن هذا التصريح بالبيع سوف يقتصر على المنقولات التي لها قيمة سوقية une valeur marchande حتى تكون هناك جدوى من بيعها^(١٢). على أنه يستوى بعد ذلك بالنسبة لهذه المنقولات أن تكون مما يجوز حجزه أم لا^(١٣).

= "En vue de l'audience prévue pour le cas ou tous les biens de la personne expulsée n'auraient pas été retirés du lieu ou ils ont été entreposés, le juge est saisi par le dépôt d'une copie du procès-verbal d'expulsion".

(٩٠) انظر في تأكيد ذلك المادة ٦٦ من قانون ٩ يوليو، والتي حددت أيضا الاختصاص المحلي بالنظر إلى مكان المنقولات.

(٩١) قررت هذا الحل صراحة المادة ٢٠٦ من مرسوم ٣١ يوليو.

(٩٢) ومن هنا تظهر فائدة أن ينكر المحضر في محضر الإخلاء وفي البيان المتعلق بالجرد ما إذا كانت المنقولات التي لم يأخذها صاحبها عند التنفيذ لها قيمة سوقية أم لا (انظر ما سبق بند ١٢٤). فمثل هذا البيان سوف تعتمد عليه المحكمة أساسا في قرارها.

ولكن ليس معنى ذلك أن تلف المحكمة عند تقدير المحضر. فالتقدير في النهاية متروك لها، ثم إن المنفذ ضده سوف يكون بإمكانه حضور الجلسة وبيان وجهة نظره في تقدير المحضر.

وعلى أية حال فإن هناك مفهومين يمكن اصطلاحهما للأموال التي لها قيمة سوقية. أحدهما واسع يركز على القابلية للحصول على مقابل نقدي، والآخر ضيق يعتمد على القابلية لتغطية مصروفات البيع والنقل. انظر في هذه المسألة:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 81.

(٩٣) وقد صرحت المادة ٢٠٦ من المرسوم بذلك حتى لا يثور الشك حول ما إذا كان البيع بالمزاد هنا يتناول أيضا الأموال الغير قابلة للحجز. صحيح أن بيع المنقولات التي لم يأخذها صاحبها ليس بيعا لأموال محجوزة حتى يمكن أن تثار فكرة الأموال الغير قابلة للحجز عليها وبالتالي بيعها بالمزاد، إلا أن حماية مصلحة المنفذ ضده من أخطار بيع منقولاته والتي قد تكون ضرورية لحياته أو لعمله، والتي قد لا يتمكن من الحصول على بدل لها رغم حصوله على ثمن البيع المتحصل من المزاد قد يثير مظنة عدم جواز البيع. فأراد المشرع نفس هذه المظنة بالنص صراحة على جواز بيع حتى الأموال التي لا يجوز الحجز عليها. ولقد كان دافع المشرع الفرنسي إلى ذلك هو أن استبعاد الأموال التي لا يجوز حجزها من نطاق البيع لن يحقق الهدف المنشود وهو إخلاء المكان من المنقولات، خاصة إذا كانت لا تزال في مكانها والذي صدر السند التنفيذي بإخلائه تماما من كل ما يشغله. ثم إن عدم قيام صاحب المنقولات باستعادتها

١٢٦ - ولم يشأ المشرع الفرنسي أن يترك عملية البيع مرسلة بدون ضوابط، وإنما وضع القواعد المنظمة لها^(١٤)، فتطلب البدء بعملية جرد المنقولات^(١٥)، ثم بين أن إجراءات البيع المتبعة هي تلك التي تسرى بصدد الحجز التنفيذي^(١٦)، وأخيرا اهتم بمصير حصيلة البيع فأوجب أولا خصم النفقات^(١٧)، وكذلك ما يستحق لطالب التنفيذ المؤجر من دين^(١٨)، ثم الاحتفاظ

= يعنى عدم حاجته الملحة اليها أو عدم امكانية استعمالها، وهو ما يعنى تواجد المبيع لدى المشرع فى تبنى حل البيع.

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no ٧٨. أنظر فى هذا التبرير:
(١٤) جاء ذلك فى المادة ٢٠٦ من المرسوم فى فقرتها الثانية والثالثة، ولتى جرت عبارتهما كما يلى:

"Après inventaire de ces biens, il est procede a leur vente forcee comme en matiere de saisie - vente.

Le produit de la vente, apres deduction des frais et s'il y a lieu du montant de la creance du bailleur, est consigne au profit de la personne expulsee qui en est informee par l'officier ministeriel charge de la vente au moyen d'une lettre recommandee avec demande d'avis de reception adreesee a sa demeure actuelle ou, si celle - ci est inconnue, au lieu de son dernier domicile."

(١٥) وأهمية هذا الاجراء هي حماية المنفذ ضده من ألا يستولى المودع لديه المنقولات على أى منها ولتى تم جردها من قبل بمناسبة تحرير محضر الاخلاء. أنظر فى أن مجرد الاختلاف بين الجرد الأول والجرد الثانى لا يقيم فى ذاته مسؤولية المودع لديه بالنظر إلى أن المنفذ ضده لم يكن ممنوعا من دخول المكان والحصول على ما يريد من منقولاته المودعة:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 83.

(١٦) وهى الاجراءات المنصوص عليها فى المواد ١١٠ وما يلىها من مرسوم ٢١ يوليو. مع ملاحظة هي أنه إذا لم تجد المنقولات - كلها أو بعضها - مشترىا فإن الحل المقترح - فى ظل غياب النص - هو طرح النزاع على قاضى التنفيذ مرة ثانية، والذي يمكنه الحكم إما بإعادة تحريك إجراءات البيع بالمزاد مرة ثانية وإما اعلان أن المنقولات تعد متروكة. أنظر فى هذا الحل.

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 85.

(١٧) وهى النفقات المتعلقة بحفظ المنقولات ونقلها، وكذلك نفقات بيعها.

(١٨) فعندما يكون طالب الاخلاء مؤجرا فإنه سيكون متمتعاً أيضاً بحق امتياز على الثمن المتحصل من البيع وذلك للوفاء بديونه الناشئة عن تنفيذ عقد الايجار. أما بالنسبة لذين طالبوا بالتنفيذ الأخرى فليس أمام صاحبها سوى اللجوء إلى إجراءات

بما قد يتبقى وذلك لدى المحضر ولمصلحة المنفذ ضده احين حضور هذا الأخير واستلامه. ومن أجل ذلك أوجب النص على المحضر إعلام المنفذ ضده بهذا الأمر^(٩٩).

§ ٣ - اعتبار بعض المنقولات "متروكة"

١٢٧ - ليس بالضرورة أن تكون جميع منقولات المنفذ ضده والتي ظلت مودعة دون ان يستعيدها صاحبها فى المهلة القانونية أموالا لها قيمة سوقية. فقد يكون من بين هذه المنقولات ما لا ينطبق عليه هذا الوصف^(١٠٠).

ولذلك فإن القرار الواجب اتخاذه بواسطة قاضى التنفيذ ازاء هذه المنقولات هو الحكم باعتبارها أموالا متروكة^(١٠١) bien declares abandonnes وهو ما يصدق على الاموال التى لم ير القاضى أن لها قيمة

الحجز التنفيذى وذلك للحجز على الثمن المتحصل من البيع وذلك تحت يد المحضر.
أنظر:

C. LARHER - LOYER, Op.Cit., no 86 et s.

(٩٩) ولقد نظمت المادة ٢٠٦ من المرسوم عملية التبليغ هذه فقررت أنها تكون من خلال خطاب مسجل بعلم الوصول وذلك على عنوان المنفذ ضده إن كان معلوما وإلا فعلى آخر عنوان معلوم له. ولكن أنظر فى أن التبليغ على هذا النحو قد لا يضمن علم المنفذ ضده بوجود باقى الثمن لدى المحضر، وما يترتب على ذلك من احتفاظ المحضر به مدة من الزمن:

C. LARHER. LOYER, Op.Cit., no 89.

(١٠٠) سواء منذ البداية أى من وقت تحرير محضر الأخلاء والافرار لللاحق فى الجلسة، أو منذ أن سعى الى بيعها باعتبار ان لها قيمة سوقية ثم تعذر بيعها ورأى القاضى بعد ذلك عدم اعادة البيع.

(١٠١) نصت على وجوب هذا الحكم: المادة ١/٢٠٧ من مرسوم ٣١ يوليو: انظر فى أنه لا يوجد نظام قانونى محدد للأموال المتروكة، بينما هناك نظام قانونى قريب يوصف بأنه نظام الاموال التى ليس لها صاحب biens sans maitre والذى بمقتضاه تزول هذه الأموال الى الدولة.

سوقية وبذلك - وبإستثناء الاوراق والمستندات الشخصية^(١٠٢) - يكون مصير المنقولات التي لم يأخذها صاحبها من المكان الذى أودعت فيه قد حسم. فما كان له قيمة سوقية ثم يبعه، وما لم يكن اعتبر متروكا وهو ما يعنى امكانه قيام المحضر بالعمل على وضعها فى أى مكان أو السماح للغير بذلك، ودون أن تثور اية مسؤولية على المحضر^(١٠٣).

§ ٤ - المحافظة على الاوراق والمستندات الشخصية

١٢٨- الفرض الآن أننا بصدد منقولات ليس لها قيمة سوقية وبالتالي كان يجب أن يصدر الحكم باعتبارها متروكة لولا أنها لا تشغل عادة حيزا كبيرا من ناحية، ومن ناحية أخرى فاتها قد تمثل لصاحبها فوائد تزيد عن مجرد حتى كونها مالية. ولمزيد من حرص المشرع الفرنسى على حماية مصالح المنفذ ضده طالما أنها لا تتعارض مع مصلحة طالب الاخلاء، أخرج المشرع هذه المنقولات، من مجال الاموال المتروكة وأخضعها لنظام خاص بها.

جاءت بهذا النظام المادة ٢٠٧ من مرسوم ٣١ يوليو^(١٠٤) والتي أخرجت ما أسمته بالأوراق والوثائق الشخصية^(١٠٥) من مجال الاموال التي يجب الحكم

(١٠٢) وهو الإستثناء الذى نصت عليه صراحة المادة ١/٢٠٧ من المرسوم، والذى سوف نتناوله حالا فى المتن. انظر البند التالى وما يليه.

(١٠٣) انظر: C. LARHER - LOYER, op. cit., n ٧٩.

(١٠٤) ويجرى نص هذه المادة كما يلى:

"Les biens n'ayant aucune valeur marchande sont declares abandonnes, a l'exception des papiers et documents de nature personnelle qui sont places sous enveloppe scellée et conserves pendant deux ans par l'huissier de justice.

Avis en est donne a la personne expulsee, comme il est dit au dernier alinea de l'article 206.

باعتبارها متروكة، وقررت مصيرا خاصا بها وهو الاحتفاظ بهذه المستندات لدى المحضر (١٠٦) وذلك لمدة عامين، واعلام المنفذ ضده بذلك (١٠٧).

١٢٩- وقد يحضر المنفذ ضده الى مكتب المحضر ويسترجع المظروف المحتوى على المستندات وينتهى مصير آخر ما تبقى من المنقولات المتخلفة عن الاخلاء الجبرى. ولكن ماذا لو اُنتهت مدة السنتين ولم يتخذ المنفذ ضده مسعى نحو استلام المظروف؟ هل يظل المحضر ملزما بحفظ المظروف الى أجل غير مسمى؟ يجيب المشرع الفرنسى على ذلك بالنفى. اذ تعطى المادة ٣/٢٠٧ لما المرسوم للمحضر مكنة اعدام المستندات المحفوظة بعد انقضاء المهلة دون جدوى. على أنه يجب عليه حينئذ تحرير محضر يتضمن تعدادا

== A l'expiration du delai prévu au premier alinea, l'huissier de justice detruit les documents conservés et dresse un proces-verbal qui fait mention des documents officiels et des instruments bancaires qui ont été détruits."

(١٠٥) ولم يحدد القانون قائمة حصرية لهذه المستندات ولكن أنظر لملة لها مثل الوثائق الرسمية (كبطاقة الهوية وشهادة المعاملة العسكرية وبطاقات التأمين الصحى...) والمتعلقات البنكية (مثل دفتر الشيكات أو التوفير) والمستندات التى تحقق مصالح طبية للمنفذ ضده أو لأحد أفراد أسرته (مثل شهادة الصحبة للطفل، وصور الاشعة والاوراق المثبتة لنتائج تحاليل معملية طبية) والمستندات التى تحقق فوائد ذات اعتبار عاطفى (مثل الصور والخطابات):

C. LARHER - LOYER, op. cit., n 91.

(١٠٦) ويوجب النص وضع المستندات فى مظروف يعلق ويختم بخاتم المحضر، وهو ما يحول دون فتحه والبحث بمحتوياته. ويلاحظ ان المشرع قد اختار المحضر - بدلا من قام كتاب المحكمة - لكى يودع لديه المظروف، وان مسئوليته يمكن ان تثور اذا حدث خطأ فى القيام بمهمته هذه، الا انه لم يقرر له الحق فى أى مقابل مالى نظير ذلك.

انظر فى هذه الملاحظة:

C. LARHER- LOYER, op. cit., n 92.

(١٠٧) والحكمة من هذا الاعلام - والذى يتم بمقتضى خطاب مسجل بعلم الوصول - هى احاطة المنفذ ضده بالأمر حتى يستطيع ان يستعيد مستنداته خلال المهلة.

لما كان يتضمنه المظروف من أوراق رسمية ومتملكات بنكية^(١٠٨)، ويُسَمَّ الاحتفاظ بهذا المحضر^(١٠٩).

(١٠٨) لما بقى الأوراق التي قد توجد بالمظروف فليس هناك أى التزام على المحضر بذكرها في محضر الاملاك، ينطبق ذلك مثلا على الخطابات أو الصور الشخصية.
(١٠٩) رغم أن النص لا يوجب ذلك صراحة، إلا أن إمكانية الاستناد إلى هذا المحضر - وهو يعد ورقة رسمية - كبديل عن الأوراق الرسمية أو البنكية التي تم اهلاكها، يفرض هذا الالتزام.
انظر في المسألة:

الفصل الرابع النظام الاجرائى عند تكرار الإخلاء

١٣٠ - سبق أن تناولنا مشكلة معاودة المنفذ ضده إلى شغل العين التى تم إخلاؤه منها جبرا وذلك بمناسبة تحديد السند التنفيذى اللازم لتكرار الإخلاء^(١١٠).

ولقد كان الحل المتفق مع التنظيم المصرى الرامح للحق فى التنفيذ الجبرى هو ضرورة استصدار سند تنفيذى جديد لتكرار الإخلاء بعد أن استنفد السند الأول وظيقته بعد اتمام عملية الإخلاء الأولى بنجاح. فإذا ما استحصل طالب الإخلاء على مثل هذا السند الجديد، فإن عملية إخلاء جديدة هى الأخرى يجب أن تجرى ومن بدايتها.

وبناء عليه، فإن طالب التنفيذ من جديد مضطر إلى اتخاذ مقدمات التنفيذ مثل طلب الإخلاء وإعلان السند التنفيذى الجديد وانتظار مهلة يوم على الأقل. وبعد ذلك تبدأ إجراءات الإخلاء الجبرى مجددا مثل تحرير محضر الإخلاء الجديد وإبلاغه للمنفذ ضده وتحديد مصير المنقولات.

وفى كل مرة يعاود فيها المنفذ ضده إلى شغل العين التى تم إخلاؤه منها، سوف يضطر صاحب الحق فى الإخلاء إلى استصدار سند جديد بالإخلاء ومعاودة الاجراءات من جديد، وهكذا.

(١١٠) انظر ما سبق، بند ٣٤ وما يليه من الباب الأول.

ولا شك في أن مثل هذا الحل يحمل معه مزيدا من العناء والعنت على صاحب الحق في الاخلاء. ولذلك يبدو مفضلا أن يتدخل المشرع المصرى في أقرب وقت لكى يرفع هذا العنت على صاحب الحق في الاخلاء. ليس فقط لإعفاءه من ضرورة استصدار سند جديد بالاخلاء وإنما أيضا لإعفاءه من بعض الاجراءات.

١٣١ - ونقدم في هذا الصدد النموذج الفرنسى الجدير بالمحاكاة.
فالمشرع الفرنسى - كما سبق ورأينا^(١١١) - لم يكتف بإعفاء صاحب الحق في الاخلاء من استصدار سند تنفيذى جديد، وإنما حرص أيضا على حمايته في صورة إعفاءه من ضرورة البدء في عملية التنفيذ من بدايتها.

ولعل أكثر ما يرهق صاحب الحق في الاخلاء في هذا العرض هو مقدمات التنفيذ خاصة المهل الواجب انتظارها قبل البدء في الاخلاء والتي يزخر بها التنظيم الفرنسى للتنفيذ.

ولذلك أعفى القانون الفرنسى صاحب الحق في تكرار الاخلاء من ضرورة اتخاذ مقدمات التنفيذ. السند التشريعى في ذلك عندهم هو نص المادة ٢/٢٠٨ من مرسوم ٣١ يوليو سالف الإشارة إليه. فطبقا لهذه المادة فإن الانذار بالاخلاء والذي سبق توجيهه إلى المنفذ ضده حال الاخلاء السابق يعد قائما ومرتباً لأثاره^(١١٢). ويستفاد من ذلك ليس فقط عدم

(١١١) انظر ما سبق، بند ٤٠ وما يليه.

(١١٢) ويجرى نص المادة ٢/٢٠٨ من مرسوم ٣١ يوليو هكذا:

الحاجة إلى الحصول على سند تنفيذي جديد^(١١٣)، وإنما أيضا عدم الحاجة إلى القيام بإصدار جديد أو اعلائه، وكذلك لن يكون مطلوبا إحترام المهل التي يمكن أن يستفيد منها المنفذ ضده بالإخلاء عادة^(١١٤).

أما بالنسبة لإجراءات التنفيذ من تحرير محضر الإخلاء إلى مصير المنقولات التي لم يتسلمها المنفذ ضده، مروراً بضرورة الاستعانة بالقوة العامة عند الحاجة لإستعمال القوة أو الإستعانة بالسلطة المحلية أو شاهدين عند الحاجة إلى دخول الأماكن المخصصة للسكنى عند غياب المنفذ ضده، وهى الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٩٩ وما بعدها من مرسوم ٣١ يوليو وكذلك المادة ٢١ من قانون ٩ يوليو والسابق الاشارة اليها، فهى نفسها الواجبة التطبيق عند الإخلاء الجبرى من جديد. وليس فى ذلك غرابة،

= "Le commandement de avoir a liberer les locaux signifie auparavant continue de produire ses effets"

(١١٣) أنظر فى استخلاص مثل هذه النتيجة من نص المادة ٢٠٨ من مرسوم ٣١ يوليو المشار اليه، ما سبق، بند ٤١.

(١١٤) والسند فى ذلك أن مهلة الشهرين سوف تكون قد انقضت بالنظر إلى أن الإخلاء السابق لم يجر إلا بعد انقضائها. وما دامت هذه المهلة قد انقضت فلن يكون هناك محل لإمكان امتدادها لثلاثة أشهر إضافية. كما أن مدة الشتاء التى يمتنع خلالها التفتيش لن تطبق كذلك ولو كان الفصل شتاء، نظراً لأن هذه المدة لا تسرى فى حق من يشغلون أماكن بطريق التعدى وهو الفرض محل البحث. كما أن المهلة التى يمكن منحها - فى نظر البعض - بمقتضى المادة ١/٢٤٤ مدنى فرنسى لن يكون لها أيضا محل بالنظر إلى أن صاحب الحق فى الإخلاء لن يحصل على سند تنفيذي جديد من ناحية، ومن ناحية ثانية فإنه إذا كان السند التنفيذى القائم يحتوى على مثل هذه المهلة فالفرض أنها أيضا قد انقضت. تبقى مهلة المادة ل ٦١٣ - ١ من تقنين البناء والاسكان والتي قد يمنحها قاضى التنفيذ وتكون عبارة عن ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات عندما تكون إعادة التسيكين وفق شروطاً طبيعية غير ميسرة.

أنظر فى عدم سريان المهل عند إعادة الإخلاء عدا هذه المهلة الأخيرة والتي يمكن منحها رغم أن استعادة المكان بواسطة المنفذ ضده قد حدثت بطريق التعدى:

فهي لن تحول دون إخلاء المعتدى على وجه السرعة وتمكين صاحب الحق من إستعادة المكان.

خاتمة

تخلص هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

أولاً: غياب التنظيم التشريعى للإخلاء الجبرى رغم الحاجة إلى مثل هذا التنظيم وعدم استحالة. ولعل نجاح المشرع الفرنسى فى تنظيم قواعد الإخلاء الجبرى يعد دافعا للمشرع المصرى فى اقتفاء أثر نظيره الفرنسى، وأن يتدخل قريبا ويضع قواعد نظيرة تلامع أوضاعنا القانونية والاقتصادية والاجتماعية، والتي قد تكون مختلفة على نحو أو آخر.

ثانياً: رغم أنه لا يوجد فى التنظيم القانونى للتنفيذ الجبرى فى مصر ما يوجب اقتصار التنفيذ فى مجال معين على سند تنفيذى معين دون غيره، إلا أن هذا التصور لن يصدق فى إطلاقه على الإخلاء الجبرى. فهناك من السندات التنفيذية ما لا يصلح مصدرا للحق فى الإخلاء الجبرى أو لاستعماله.

ثالثاً: أن المادة ١٨ (ب) من قانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر، قد جاءت بحكم غير مسبوق فى مجال التنفيذ الجبرى. فقد سمحت للمحكوم عليه بأن يدرء عن نفسه الإخلاء إذا قام بأداء معين يختلف عما قضى به الحكم سند التنفيذ.

رابعاً: أن الحاجة إلى نظام لوقف الاخلاء الجبرى تبدو ملحة، وأن قواعد وقف التنفيذ التى يعرفها التنظيم القانونى للتنفيذ الجبرى عموماً تنطبق على التنفيذ بالاخلاء. ولعل أكثر ما يستحق أن نلفت إليه النظر هنا هو أن وقف التنفيذ من خلال الاشكال الوقتى الذى تنظمه المادة ٣١٢ مرافعات ينطبق على سندات الاخلاء الجبرى جميعها بما فيها قرارات النيابة العامة الصادرة تطبيقاً للمادة ٤٤ مكرر مرافعات.

خامساً: أن مهلة اليوم التى يحظر خلالها التنفيذ عموماً والتى اتت بها القواعد العامة قصيرة لا تسمح بتحقيق الغاية من منحها إذا ما وجدنا انفسنا فى مجال الاخلاء. ولعل إطالة هذه المدة - على غرار التنظيم الفرنسى المناظر - هى من أكثر المسائل حاجة إلى تدخل تشريعى حتى لا نجعل القضاء مضطراً إلى اباحة المحذور وهو ما نسلم به على مضمض.

سادساً: إن إغفال المشرع المصرى لتنظيم اجراءات الاخلاء الجبرى أو حتى لاجراءات التنفيذ المباشر عموماً لا يمنع من وجوب قيام المحضر عند مباشرته للاخلاء بعمل محضر بذلك. ونفضل تقادياً للشكوك أن يتدخل المشرع المصرى فى هذا الصدد صراحة وينظم هذا الاجراء على نحو فعال كما فعل المشرع الفرنسى الحديث.

سابعاً: نظراً لأن الاخلاء يرد فى الغالب على مكان مخصص للسكنى، وأنه كثيراً ما توجد بالعين المطلوب اخلاؤها منقولات يجب اخراجها من

العين هي الأخرى، فإنه يحسن بالمشرع أن يتدخل بنصوص صريحة ويعين الحل الواجب الاتباع بشأن مصير المنقولات. ونشير عليه في هذا الصدد باستحسان الحل الفرنسي للمسألة والذي انطلق في تنظيمه للمسألة من التفرقة بين ما إذا كانت المنقولات محجوزة أم لا، والذي نسج قواعده على هدى من ضرورة التوفيق بين مصلحة المنفذ ضده طالما أنها لا تتعارض مع مصلحة طالب الاخلاء.

ثامنا: قد تنثور الحاجة إلى تكرار الاخلاء الجبرى. والحل المتفق مع التنظيم المصرى الراهن للحق فى التنفيذ الجبرى هو ضرورة استصدار سند تنفيذى جديد لتكرار الاخلاء بعد أن استند السند الأول وظيفته وقد تمت عملية الاخلاء الأولى بنجاح. كما أن اجراءات اخلاء جبرى جديدة يجب هى الأخرى أن تتخذ ومن بدايتها بل وابتداء من مقدمات التنفيذ. ولا شك أن هذا الحل المصرى يحمل معه مزيدا من العناية والعنت لصاحب الحق فى الاخلاء. ولذلك يبدو مفضلا أن يتدخل المشرع المصرى فى أقرب وقت لكى يرفع هذا الضرر عن صاحب الحق فى الاخلاء. ونقدم فى هذا الصدد النموذج الفرنسى الجدير بالمحاكاة والذي لم يكتف باعفاء صاحب الحق من استصدار سند تنفيذى جديد وإنما حرص ايضا على مزيد من الحماية السريعة فاعفاه كذلك من بعض المقدمات والاجراءات.

"وآخر دعوانهم أن الحمد لله رب العالمين"

قائمة المراجع

أولا - باللغة العربية

١- د. أحمد أبو الوفا

- إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦، منشأة المعارف.

- المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشر، ١٩٩٠، منشأة المعارف.

- التحكم الاختياري والاجباري، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، منشأة المعارف.

- التعليق على نصوص قانون المرافعات، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف.

- التعليق على النصوص الاجرائية في قانون إيجار الأماكن، ١٩٨٧، منشأة المعارف.

٢- د. أحمد خليل

- قانون التنفيذ الجبري، ١٩٩١

- طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة التنفيذ ومحاكم الطعن، ١٩٩٣، السدار الجامعية، بيروت.

٣- د. أحمد ماهر زغلول

- أصول التنفيذ، ١٩٨٦، مكتبة سيد عبد الله وهبة.

- أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى وضوابط حجيتها، ١٩٩٠، دار النهضة العربية.
- آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، ١٩٩٢، دار النهضة العربية.

٤- د. احمد هندى

- التنفيذ الجبرى، ١٩٩٢

٥- د. أمينة النمر

- التنفيذ الجبرى، ١٩٨٨

- مناهج الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة، ١٩٦٧، منشأة المعارف.

٦- حسين عبد السلام جابر

- الطلبات المستعجلة فى قضاء مجلس الدولة، ١٩٨٩، نهضة القانون.

٧ - خيرى الكباش

- منازعات الحياة أمام النيابة العامة وقاضى الأمور المستعجلة، ١٩٩٢، دار الجامعة الجديدة للنشر.

٨ - د. طلعت دويدار

- طرق التنفيذ القضائى، منشأة المعارف

٩ - د. عبد الباسط جميعي

- طرق واشكالات التنفيذ في قانون المرفعات الجديد، ١٩٧٤، دار الفكر العربي.

١٠ - عبد الحميد المنشاوي وعبد الفتاح مراد

المشكلات العملية في قضاء التنفيذ، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، منشأة المعارف.

١١ - عبد الحميد عمران

- أسباب الإخلاء في قانون إيجار الأماكن والتعليق على نصوصه، ١٩٨٣، دار المطبوعات الجامعية.

١٢ - عبد الفتاح مراد

- أصول أعمال التنفيذ في الاعلان والتنفيذ، ١٩٨٩، مؤسسة شباب الجامعة.

١٣ - عز الدين الدناصوري وحامد عكاز

- التعليق على قانون المرافعات، الطبعة السابعة، ١٩٩٢، من إصدارات نادى القضاة.

١٤ - د. عزمي عبد الفتاح

- قواعد التنفيذ الجبرى في قانون المرافعات، ١٩٨٣ - ١٩٨٤، دار الفكر العربي.

- نظام قاضى التنفيذ فى القانون المصرى والمقارن، ١٩٧٨، دار النهضة العربية.

١٥ - د. فتحى والى

- التنفيذ الجبرى، ١٩٨٧، دار النهضة العربية.

- الوسيط فى قانون القضاء المدنى، ١٩٩٣، دار النهضة العربية.

١٦ - د. محمد عبد الخالق عمر

- مبادئ التنفيذ، الطبعة الثالثة، ١٩٧٧، دار النهضة العربية.

١٧ - محمد عبد اللطيف

- القضاء المستعجل، الطبعة الرابعة، ١٩٧٧، دار النهضة العربية.

١٨ - محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب.

- قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة المابعة، ١٩٨٥، عالم الكتب.

١٩ - د. محمد محمود ابراهيم

- أصول التنفيذ الجبرى، ١٩٨٣، دار الفكر العربى.

٢٠ - د. نبيل اسماعيل عمر

- التنفيذ القضائى واجراءاته، ١٩٨١، منشأة المعارف.

- الطعن بالاستئناف واجراءاته، ١٩٨٠، منشأة المعارف.

- الأوامر على عرائض ونظامها القانوني، ١٩٨٨، منشأة المعارف.

٢١ - د. وجدى رغب

- النظرية العامة للتنفيذ القضائي، ١٩٧٤، دار الفكر العربى.

ثانيا - باللغة الفرنسية

I - LARHER - LOYER (C.):

- Juris - classeurs de procedure civile, V. Fasc. 2400
"Expulsion".

2 - PERROT (R.):

- Cours de voies d'execution, 1975.
- obs. R.T.D.C., 1874, 466.

3- VINCENT (J.):

Voies d'execution et procedure de distribution, precis Dalloz,
13^e ed.

4 - WIEDERKEHR (G.)

- Encyclopedie Dalloz, Repertoire de procedure civile, 2e ed.,
T. II, 1979, V. Execution des jugements et des actes.

فهرس

الصفحة	مقدمة
٧	
٢٣	الباب الأول: الحق فى الإخلاء الجبرى
٢٥	الفصل الأول: سندات الإخلاء التنفيذية
٢٩	المبحث الأول: استبعاد بعض السندات التنفيذية من مجال الإخلاء
٣١	المطلب الأول: سندات تنفيذية لا تتوافر فيها شروط الاقتضاء الجبرى للحق فى الإخلاء (المحررات المؤقتة).
٣٤	المطلب الثانى: سندات تنفيذية لا تتضمن أصلا الإلزام بإخلاء
٣٤	§ ١ - الأوامر على عرائض
٣٦	§ ٢ - أحكام المحكمين
٤٠	§ ٣ - محاضر الصلح التى تصدق عليها مجالس الصلح
٤٢	المبحث الثانى: سندات تنفيذية تصلح للإخلاء
٤٣	المطلب الأول: الأحكام القضائية
	المطلب الثانى: القرارات اللوقية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات
٤٩	الحيازة
٥٣	المطلب الثالث: القرارات الادارية
٥٥	المبحث الثالث: السند التنفيذى عند تكرار الإخلاء
٥٦	المطلب الأول: الحل المصرى - وجوب سند تنفيذى جديد
٦٠	المطلب الثانى: الحل الفرنسى - صلاحية سند الإخلاء السابق

الصفحة

- ٦٢ الفصل الثاني: توقي الاخلاء الجبرى
- ٦٣ المبحث الأول: درء الاخلاء الجبرى
- ٦٥ المطلب الأول: سدد الاخلاء حكم مستعجل
- ٦٨ المطلب الثاني: سبب الإخلاء هو عدم الوفاء بالأجرة
- ٧١ المطلب الثالث: سداد الأجرة والمصاريف والأتعاب عند التنفيذ
- المطلب الرابع: عدم كون الإخلاء لتكرار الامتناع أو التأخير فى الوفاء
- ٧٩ بالأجرة
- ٨٦ المبحث الثاني: وقف الاخلاء الجبرى
- المطلب الأول: الحاجة إلى تطبيق نظام وقف التنفيذ فى مجال الإخلاء
- ٨٧ الجبرى
- ٩٠ المطلب الثاني: وقف الإخلاء الجبرى الصادر به حكم قضائى
- ٩٦ المطلب الثالث: وقف الإخلاء الجبرى الصادر به قرار من النيابة العامة
- ١٠٦ المطلب الرابع: وقف الاخلاء الجبرى الصادر به قرار إدارى
- المبحث الثالث: عدم جواز توقي الاخلاء الجبرى عند عدم توافر المسكن
- ١١٢ البديل
- ١١٥ الفصل الثالث: محل الاخلاء الجبرى وأطرافه
- ١١٥ المبحث الأول: محل الاخلاء الجبرى
- ١١٧ المبحث الثاني: أطراف الاخلاء الجبرى
- ١١٨ المطلب الأول: ليس لصاحب الحق فى الاخلاء مباشرته بنفسه
- ١٢١ المطلب الثاني: المحضر هو عامل التنفيذ المنوط به إجراء الاخلاء
- ١٢٤ المطلب الثالث: القوة العامة هى مجرد معاون على التنفيذ

الصفحة

١٢١	الباب الثانى: النظام الاجرائى للإخلاء الجبرى
١٣٢	الفصل الأول: مقدمات الإخلاء
١٣٣	المبحث الأول: إعلان السند التنفيذى
١٣٧	المبحث الثانى: منح المنفذ ضده مهلة للإخلاء الإختيارى
١٣٧	المطلب الأول: المهلة فى القانون المصرى - ضرورة تعديلها
١٤٠	١ - الوسيلة الأولى: أن ينص القانون ذاته على أجل معين لا يجوز التنفيذ قبل انقضاءه.
١٤١	٢ - الوسيلة الثانية: أن يتضمن السند التنفيذى للإخلاء ذاته مدة للإخلاء الإختيارى.
١٤٤	٣ - الوسيلة الثالثة: أن يمنح قاضى التنفيذ أجلا للمنفذ ضده.
١٤٦	المطلب الثانى: المهلة فى القانون الفرنسى
١٥٢	الفصل الثانى: إجراءات الإخلاء
١٥٣	المبحث الأول: إجراء الإخلاء فى الوقت المسموح به
١٥٦	المبحث الثانى: محضر الاخلاء
١٥٩	المبحث الثالث: إبلاغ المنفذ ضده بمحضر الإخلاء
١٦١	الفصل الثالث: مصير المنقولات
١٦١	المبحث الأول: طرح المشكلة والنموذج الفرنسى
١٦٣	المبحث الثانى: مصير المنقولات المحجوزة
١٦٧	المبحث الثالث: مصير المنقولات غير المحجوزة

الصفحة

١٦٧	§ ١ - المحافظة على المنقولات لمدة شهر
١٧٢	§ ٢ - بيع المنقولات ذات القيمة السوقية بالمزاد العلني
١٧٥	§ ٣ - اعتبار بعض المنقولات "متروكة"
١٧٦	§ ٤ - المحافظة على الأوراق والمستندات الشخصية.
١٧٩	الفصل الرابع: النظام الإجرائي عند تكرار الإخلاء
١٨٣	للخاتمة =
١٨٦	قائمة المراجع
١٩١	فهرس

مدى ملائمة نظرية الأنتاجية الحديثة للأجور لتفسير البطالة المقنعة في القطاع الزراعي في الدول النامية*

مقدمة:

غالباً ما تستخدم النظرية الاقتصادية الجزئية كمعيار للحكم على السلوك الاقتصادي للوحدات الاقتصادية الفردية المكونة للإقتصاد القومي على إعتبار إنها تمثل وضع الاقتصاد الذي يعمل بكفاءة وبطريقة مثالية.

ومن الطبيعي أن يستخدم الاقتصاديون النظرية التي يعرفونها لتحليل وتفسير أي مشكلة أو ظاهرة حتى وإن كانت جديدة عليهم، فعندما أصبحت التنمية الاقتصادية ومشكلاتها من الموضوعات الرئيسية بعد الحرب الثانية. حاول الاقتصاديون تطبيق النظرية الاقتصادية (سواء الجزئية أو الكلية) على مجموعة المشاكل الجديدة التي طرأت على الساحة، وقد ترتب على ذلك بعض الاختلافات في التفسير بين الذين يؤمنون بالنظرية بشكل كامل وأولئك الأقل تأثراً بها.

وتعتبر ظاهرة فائض العمل في القطاع الزراعي في الدول النامية وخاصة في صورتها المقنعة من أكثر المسائل التي تثار بشأنها الكثير من الجدل والنقاش في الأدب الاقتصادي سواء على المستوى النظري أو التطبيقي.

مشكلة البحث:

يتناول البحث دراسة مدى ملائمة نظرية الأنتاجية الحديثة للأجور لتفسير مشكلة فائض العمل الزراعي في الدول النامية في صورته المقنعة.

فكما هو معلوم يوجد قبول على نطاق واسع للإقتراض القائل بأن الناتج الحدي للعمل

* د. أحمد محمد منصور المدرس بقسم الاقتصاد - كلية التجارة - جامعة الإسكندرية.

يكون منخفض جداً بل يكاد يصل إل الصفر في ظروف الاقتصاديات النامية التي يتميز فيها القطاع الزراعي بالتكدس الشديد في السكان، وطبقاً لذلك فإن سحب جزء من فائض العمل لن يؤثر علي حجم الناتج الكلي في الزراعة.

ولكن هل يتسق مفهوم البطالة المقننة بهذا المعنى مع الحقيقة القائلة بوجود أجر موجب سواء فعلي أو ضمني في القطاع الزراعي؟ فعندما يكون الأجر موجباً فإن قيمة الناتج المحلي للعمل تكون هي الأخرى موجبه ومن ثم سيترتب علي سحب الفائض في العمل الزراعي بالضرورة، نقص الناتج الكلي ولن تستطيع قوة العمل الأقل عدداً إنتاج نفس المستوي السابق إذا ظلت المدخلات الأخرى غير العمل ثابتة. وهكذا لا يتسق فائض العمل في القطاع الزراعي مع الحصول علي أجر موجب.

والسؤال الأساسي هل يمكن التوفيق بين وجود فائض العمل والحصول علي أجر موجب من الناحية النظرية؟ يعني آخر هل تستطيع نظرية الإنتاجية الحديثة (التي تقوم علي افتراضات معينة) وتفسر جانب الطلب في نظرية التوزيع - تفسر هذا التعارض؟ .

إن النظرية تقرر عدم توظيف العامل الإضافي إذا كان ما يحصله إلي الإيراد الكلي أقل مما يحصله إلي التكاليف الكلية. وذلك تحقيقاً للافتراض الأساسي الخاص بتعظيم الربح أو دنية التكلفة.

وبما يستنتج البعض مما سبق ضرورة التخلي عن نظرية الإنتاجية الحديثة لعدم قدرتها علي تفسير الواقع، ولكن هل من المقبول الحكم بفشل النظرية حتي عندما تطبق في ظل افتراضات مغايرة لتلك التي قامت عليها. أليس من الممكن إعادة صياغة بعض افتراضات نظرية الإنتاجية الحديثة - دون المساس بجوهر النظرية - بحيث تستطيع تفسير ظاهرة البطالة المقننة محل البحث.

هدف البحث :

لن يحاول البحث الدخول في "مشكلة قياس فائض العمل" في القطاع الزراعي في الدول النامية، بل سنعبر أن وجود أو عدم وجود الفائض فضلاً عن حجمه هي مسألة تطبيقية تختلف من دولة لأخرى بل في نفس الدولة من منطقة لأخرى أو في نفس المنطقة من فترة

زمنية لأخري.

ومن الطبيعي أن تتفاوت نتائج هذه الدراسات التطبيقية لإختلاف الأساليب المستخدمة في القياس فضلا عن مدى دقة البيانات.

وسيتركز هدف البحث في الإجابة علي الأسئلة التالية:

- هل تؤيد نتائج الدراسات التطبيقية افتراض البطالة المقتنمه؟
- هل تتسق نظرية الإنتاجية الحديثة للأجور مع وجود البطالة المقتنمه؟
- هل من الممكن إعادة صياغة بعض افتراضات نظرية الانتاجية (مثل معاملة "المجهود" كمشتفر صريح) لكي تستطيع تفسير البطالة المقتنمه في ظروف الدول النامية؟
- هل من الممكن إعطاء تفسير منطقي لوجود البطالة المقتنمه يركز علي العوامل الاقتصادية والاجتماعية والرفقية المسببة لها في ظروف الدول النامية.

خطة البحث:

يتناول البحث دراسة النقاط الأساسية التالية:

- ١- الدراسات السابقة.
- ٢- التحليل الجزئي للبطالة المقتنمه.
- ٣- نموذج مقترح لتفسير البطالة المقتنمه.
- ٤- بعض التفسيرات المنطقية المحتملة لوجود البطالة المقتنمه.
- ٥- النتائج.

١- الدراسات السابقة :

حظي موضوع البطالة المقتنمه بقدر هائل من النقاش في الأدب الاقتصادي منذ اعتبرها "Rosenstein-Rodan" ومن بعده "Nurkse" جزءاً هاماً لتفسيرهم للتخلف الاقتصادي. فعلي المستوي النظري قام كل من "Lewis, Fei and Ranis" بصياغة نماذج محكمة ودقيقة كان لفهم البطالة المقتنمه فيها الدور الأساسي وخاصة بالنسبة للقطاع الزراعي في الدول النامية. ويمكن تلخيص وجهة نظر الاقتصاديين الذين يعتقدون بوجود البطالة المقتنمه فيما يلي:

يتميز القطاع الزراعي في غالبية الدول النامية بالتكدس بالسكان ولذا فإن نفس حجم الناتج الزراعي يمكن تحقيقه باستخدام أعداداً أقل من الأفراد بالمقارنة بما هو موجود فعلاً وذلك بدون إجراء أية تغيرات في المعاملات الفنية المستخدمة في الزراعة.^(١)

ويعتقد البعض مثل "Nurkse" أن الفائض في العمل الزراعي الذي يمكن سحبه من القطاع الزراعي يمثل ميزة كامنه أكثر من كونه عبئاً حيث يمثل مصدراً للإدخار الكامن يمكن استخدامه في مكان آخر في الاقتصاد القومي ليسهم في تحقيق التنمية.

وتزداد أهمية الفائض في العمل الزراعي عندما تكون الموارد الأخرى (غير العمل) أكثر ندرة، فالتقص في رأس المال على سبيل المثال يمكن تعويضه وإحلاله بالعمل الحر "Free labor" الموجود بالقطاع الزراعي، وقد عرض "Lewis" في هذا الصدد^(٢) صيغة أخرى للبطالة المقننة في صورة نموذج للتنمية عن طريق التركيم الرأسمالي الذي يتم في القطاع الرأسمالي الحديث من خلال سحب الفائض العمل الزراعي الرخيص من قطاع الكثاف التقليدي وذلك دون أي تخفيض في حجم الناتج الزراعي الكلي.

أما وجهة النظر المعارضة لوجود البطالة المقننة فتركز أساساً على حصول العامل على أجر موجب في القطاع الزراعي مما يعني أن قيمة الناتج الحدي للعمل تكون هي الأخرى موجبة (طبقاً لنظرية الانتاجية الحدية) ومن ثم يترتب على نقل الفائض من العمل الزراعي نقص الناتج الكلي إذا ظلت الموارد والمدخلات الأخرى غير العمل على حالها، وهكذا فإن وجود الأجر الموجب لا يتسق مع وجود فائض العمل (البطالة المقننة) في القطاع الزراعي.

وبناءً على ذلك يكون من الصعب بناء نموذج نظري يسمح بإمكانية وجود ناتج حدي للعمل مساوياً للصفر لجزء يعتد به من عرض العمل.

(١) يلاحظ أن هذا التفسير لا يتعارض مع نظرية الانتاج الكلاسيكية التي تفترض أن استخدام كميات كبيرة من أحد المدخلات الانتاجية مع ثبات المستخدمات الأخرى - يمكن أن يؤدي إلى هبوط الناتج الحدي للمستعمل المطبق إلى الصفر. وتعتبر ظاهرة البطالة المقننة انطباقاً لقانون تناقص العائد بالتسبب لتحصن العمل في معظم اقتصادات الدول النامية حيث التكدس الشديد للسكان في المناطق الريفية على مساحات محدودة من الأرض الزراعية.

(٢) لقراءة أكثر تفصيلاً انظر مقالة لورنس.

W.A. Lewis, Economic - Development with unlimited supplies of labour,
S.P. Agarwal and A.N. Singh, Economics of under development, Oxford
University press, 1958, pp. 400-450.

ويستشهد "T.W. Schultz" على ذلك بما حدث في الهند نتيجة لوباء الأنفلونزا الذي أدى إلى انخفاض حجم السكان الزراعيين بنسبة ٨٪ في ١٩١٨-١٩١٩ والذي تبعه انخفاض في حجم الانتاج الزراعي في الهند^(١).

وقد كان الاقتصادي "Jacob Viner" هو المناوئ الآخر القوي لفكرة البطالة المقتنعة، فقد كتب عام ١٩٥٧ ينتقد "Eckaus" الذي أرجع وجود البطالة المقتنعة إلى قصور إمكانيات الإحلال الفني بين عوامل الانتاج المستخدمة في الزراعة بسبب ندرة رأس المال، حيث يرى "Viner" إنه لا يمكن الحصول على نفس حجم الناتج الزراعي إذا تم سحب نسبة معينة من قوة العمل المستخدمة مع استمرار بقاء عوامل الانتاج الأخرى ثابتة من حيث الكم والكيف^(٢).

وعلى المستوي التطبيقي نجد مناقشات مؤيدة وأخرى معارضة لوجود البطالة المقتنعة، فنجد بعض المؤيدين مثل^(٣). (Mellor and Steven (1965), Sanghvi (1969), Mehra (1966), ILo (1961), Sarkar (1957).

بينما نجد كتاب آخرون معارضون مثل (Oshima (1958), Hansen (1966), Jorengson (1967), Schultz (1964).

ويتضح من نتائج الدراسات التطبيقية بشكل عام عدم وجود اتفاق حول وجود أو نفي البطالة المقتنعة في القطاع الزراعي، بل أن النتائج قد تفاوتت بالنسبة لدولة معينة مثل الهند^(٤).

(1) Stainslaw Welisz, *Economica*, Dual Economics, Disguised unemployment and the unlimited supply of labour, London. Vol. xxxv, No. 137, Feb. 1968, p. 47.

(2) Carl Eicher and Lawrence Witt, *Agriculture in Economic Development*, New York, Mc Graw-Hill Book Company, 1964, p. 131.

(3) A. Sen, *Employment, technology and Development*, clarendon press. Oxford, 1975, p. 35.

(٤) قدرت بعض الدراسات (Mathur, A) وجود بطالة مقلقة في غرب البنغال وهي من أكثر المناطق ازدحاماً بالسكان بحوالي الثلث من قوة العمل الزراعي بالهند، بينما أوضحت دراسات أخرى (Paglin, Morton) استندت إلى بيانات معهد الإدارة الزراعية بالهند - أن الناتج المحلي للعمل في الزراعة الهندية مروجها ومن ثم لا يوجد نسبة تعهد بها من فائض العمل الزراعي.

انظر:

Warren C. Robinson, *Types of Disguised Rural unemployment and some policy Implications*, Oxford Economic papers, Vol. 21, 1969, p. 373.

ويرجع ذلك إلى سببين رئيسيين:

الأول: أنه ليس من السهل أن نجد حالة فعلية لسحب جزء من قوة العمل مع استمرار بقاء العوامل الأخرى ثابتة، حيث تحدث عملية نقل الفائض من العمل جنباً إلى جنب مع التغيرات الأخرى، فضلاً عن أن طبيعة عملية نقل الفائض في حد ذاتها قد يكون لها أثر مختلف على الناتج، فعندما يتم نقل الفائض في العمل إستجابه لدوافع إقتصادية قد لا يتأثر الناتج إذا قام الأفراد الباقون من قوة العمل بزيادة "الجهد" بحيث يظل المجهد الكلي كما هو، ومن المحتمل أن يتناقص الناتج الكلي إذا تعرضت نفس النسبة من الفائض في العمل إلى رياء معين أدى إلى الموت المفاجئ كما حدث في الهند ١٩١٨-١٩١٩.

الثاني: ما تمانيه معظم الدراسات التطبيقية المستخدمه في قياس فائض العمل من عدة تقاض نتيجة استخدامها لمنهج مشترك يتمثل في تقدير الفرق بين المتاح الكلي من وقت العمل في منطقة معينة والاحتياجات الكلية من وقت العمل طبقاً للظروف التكنولوجية والفنية المتاحة في الزراعة.

ويلاحظ أن مفهوم المتاح من العمل يعتبر العمل كميته ثابتة (رصيد) وليس تيار يتغير عندما يتغير العائد لكل وحدة من "الجهد" ومن ثم يتجاهل هذا المفهوم فكرة منحنى عرض العمل.

يضاف إلى ذلك أن مفهوم الاحتياجات من العمل هو مفهوم تكنولوجي أو فني ومن ثم لا يسمح بإمكانية تغيير نسب المزج بين المدخلات المستخدمة في الزراعة.

وأخيراً يفترض في هذه الدراسات أن كل المزارع الموجودة بأقليم معين تتطلب إحتياجات مماثلة من العمل الذي يتم حسابه على أساس "المزرعة المتوسطة"^(١).

٢- التحليل الجزئي للبطالة المقنعة :

إن محاولة قياس فائض العمل الزراعي على أساس إجراء تقدير لإحتياجات العمل في "المزرعة المتوسطة الحجم" من واقع الدراسات التطبيقية سيكون قليل الفائدة نتيجة وجود

(1) Meghmad Desai and Dipak Mazumdar, A Test of the Hypothesis of Disguised unemployment, *Economica*, 1970, Vol. 37, pp. 39-40.

اختلافات كبيرة بين معظم الأقاليم الزراعية في الدول النامية من حيث النسب المثلي لمدخلات الانتاج والتي تتوقف بدورها علي حجم الوحدات الزراعية، أنواع المحاصيل، التربة والمناخ والظروف المحلية الاخرى.

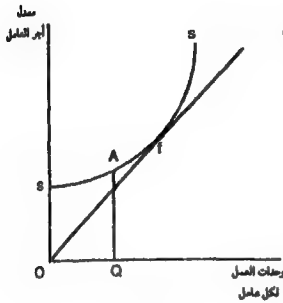
ولذلك ربما يكون من الأفضل الانتقال إلي تحليل افتراض البطالة المنعنه علي المستوي الجزئي "Micro-Level" في منطقة معينة وبيان مدى ارتباطه بالنتائج الحدي للعمل وكيفية تفسيره في ظل وجود أجر موجب.

سوف نفترض أن العمل يقاس في شكل تيار (بدلاً له وحدات ساعات العمل التي تؤدي فعلاً) وليس بمجرد عدد العمال (رصيد) ونفترض أن العمال يتقاسمون العمل بالزراعة بالتساوي، كما نفترض أن العمال متجانسون فيما بينهم ولذا سيكون منحنى عرض العمل الفردي متماثلاً، بحيث يظهر علاقة طردية بين وحدات العمل المعروضة لكل عامل ومعدل أجر العامل (منحنى موجب الميل) وأخيراً نفترض أن مستخدمي العمل يحاولون تعظيم أرباحهم أو بمعنى آخر يتحدد المستخدم من العمل عندما يتساوي الأجر (تكلفة وحدة العمل الحدية المعروضة) مع إيراد ناتجها الحدي.

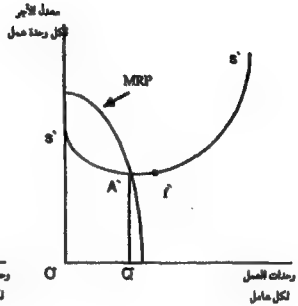
ومن المعقول كذلك إذا بدأنا من مستويات الأجر المنخفضة جداً أن نفترض أنه بزيادة الأجر المدفوع للعامل يتزايد عدد وحدات العمل التي يعرضها بمعدل أكبر ومن ثم تنخفض تكلفة الأجر لكل وحدة عمل، ولكن بعد حد معين للأجر يتزايد عرض وحدات العمل لكل عامل بمعدل أقل من تزايد معدل الأجر ومن ثم يترتب علي كل زيادة في معدل أجر العامل زيادة تكلفة الأجر لكل وحدة عمل.

ويمكن توضيح ذلك بالشكل البياني التالي^(١).

(1) Dipak Mazumdar, The Marginal productivity theory of wages and disguised unemployment, Review of economic studies, Vol. 26, 1959, pp. 190-197.



شكل رقم (١١)



شكل رقم (١٢)

يتضح من شكل رقم (١١) أن المنحني SS يمثل عرض وحدات العمل لكل عامل بالنسبة لمعدل أجر العامل. أما المنحني $S'S'$ في الشكل رقم (١٢) فهو عرض وحدات العمل بالنسبة لأجر وحدة العمل ويشق من المنحني SS .

ويظهر المنحني $S'S'$ إنه لكل كمية من وحدات العمل التي يعرضها العامل (ممثلة علي المحور الأفقي) توجد تكلفة الأجر لكل وحدة (علي المحور الرأسي) ويتعين علي مستخدم العمل أن يدفع معدل الأجر لكي يعرض العامل هذه الكمية.

علي سبيل المثال عند معدل الأجر AQ يتم عرض الكمية OQ من وحدات العمل لكل عامل (شكل رقم ١) والنقطة A' في شكل رقم (١٢) علي منحنى العرض $S'S'$ توضح أن تكلفة وحدة العمل هي $A'Q'$ وذلك عند استخدام وحدة العمل الحديثة للعامل OQ التي تحصل علي معدل الأجر AQ .

وتبين النقطة (i) والنقطة المتقابلة لها (i') نقطة الإقتراب حيث تكون مرونة عرض وحدات العمل لكل عامل بالنسبة لمعدل أجر العامل مساوية للوحدة وتزيد المرونة عن الوحدة عند

معدلات الأجور الأقل وتكون المرونة أكبر من الوحدة عند معدلات الأجور الأعلى.

ومن ثم فإن زيادة معدل أجر العامل قبل المستوى (٢) يؤدي إلى إنخفاض تكلفه الأجر لكل وحدة عمل كما يتضح من الجزء الهابط (S^1) في شكل رقم (٢)، بينما تزداد تكلفة الأجر لكل وحدة عمل عندما يزيد معدل أجر العامل بعد هذا المستوى لأن عرض وحدات العمل عامل يتزايد ولكن بنسبة أقل من ارتفاع معدل الأجر.

دعنا الآن نتساءل عن معدل الأجر الذي نصل إليه عندما يتم توليف كل قوة العمل المتاحة في ظل الإقتراضات السابقة؟ إن معدل أجر العامل يجب أن يكون مرجحاً أيما كان عرض العمال بالنسبة للطلب لأنه طالما أن وحدات العمل المعروضة دالة متزايدة لمعدل أجر العامل فإن انخفاض معدل الأجر إلى مستويات دنيا سيؤدي إلى عرض وحدات عمل أقل بحيث أنه الطلب على وحدات العمل لا يمكن تلبية عند هذا المعدل من الأجر.

وسيستقر معدل الأجر عند نقطة ما حيث يتم استخدام وحدات العمل التي تكون أكثر ربحية، ويمكن تطبيق نظرية المؤسسة في هذه الحالة، حيث يجب أن تتعادل التكلفة الحدية لوحدات العمل المعروضة (لكل عامل) مع إيرادات ناتجها الحدي.

ويتضح من الشكل رقم (٧) أن المنحني (MRP) يظهر إيرادات الناتج الحدي لكل وحدة من العمل التي يعرضها العامل، وطالما أن العمال يتقاسمون العمل فيما بينهم بالتساوي فإن وضع المنحني (وليس شكله) سيعتمد على عرض العمل بالنسبة إلى الطلب وعندما يقل العرض من العمل ينتقل المنحني (MRP) إلى أعلى بعيداً عن نقطة الأصل.

يلاحظ أن المنحني S^1 S^2 يمثل أيضاً منحني للتكلفة الحدية لوحدة العمل التي يعرضها العامل لأنه مجرد ترجمة لتكلفة الأجر للعامل بالنسبة لوحدة العمل الحدية التي يعرضها من العمل. وتتحدد النقطة الأكثر ربحية عندما يتقاطع منحني (MRP) مع منحني التكلفة الحدية لوحدة العمل لكل عامل (S^1 S^2) ويتحقق ذلك عند A^* في الشكل رقم (٧).

ومثل هذه النقطة تمثل نقطة التوازن حيث يتعادل ثمن وحدة العمل الحدية المعروضة مع إيرادات ناتجها الحدي ويكون معدل الأجر الأكثر ربحية للعامل هو A ويقابل هذا الأجر وضع التوظيف الكامل في التحليل التقليدي (حيث يتوازن سوق العمل).

نأتي الآن إلى كيفية تفسير البطالة المتقدمة وتوضيح مدى ارتباطها بالنتائج الحدي والأجر الموجب؟
أن مفهوم البطالة المتقدمة بالمعنى الذي حددته (Nurkse) والذي يتضمن أن النتائج الحدي للعمل يكون مساويا للصفر قد يتعارض مع وجود الأجر الموجب ويمثل تناقضا بالنسبة لنظرية الانتاجية الحدية للأجور.

ونلاحظ أن هذا التفسير جزئيا لأنه لا يغيرنا بشئ بخصوص معدلات الأجور التي يتم على أساسها عرض العمل من جانب العمال الباقين بعد سحب قوة العمل الفائضة.
ومن الممكن تفسير هذه الحالة إذا ربطنا بين فائض العمل والأجور الكلية وليس معدل اجر العامل، فكمما يتضح من التحليل السابق أن التوازن عند نقطة (A) لا يتضمن أي فائض في العمل يمكن استخدامه عند معدل الأجر السائد.

وإذا افترضنا سحب بعض العمال وتقليل قوة العمل فإن قوة العمل الباقية تستطيع أن تعرض نفس كمية وحدات العمل المروضة من قبل ولكن لا بد من زيادة معدل أجر العمال الباقين وطالما أن عرض العمل يزداد في البداية بنسبه أكبر من معدل الأجر فإن نفس كمية وحدات العمل الأصلية يمكن عرضها ولكن في ظل أجر كلي أقل وهذا يحدث طالما أن الطلب يكون ضئيل بالنسبة للعرض من العمل. وفي هذه الحالة فإن النتائج الحدي للعمل يكون موجبا كما أن معدل الأجر يتساوي مع النتائج الحدي، وهكذا يمكن تفسير البطالة المتقدمة أو الفائض في العمل دون الحاجة إلى الافتراض القائل بأن النتائج الحدي للعمل يجب أن يكون مساويا للصفر وبدون الإخلال بأساس نظرية الانتاجية الحدية.

٣- نموذج مقترح لتفسير البطالة المتقدمة: (١)

إذا رمزنا إلى كمية وقت العمل التي يعرضها العامل بالرمز (X) فإذا كان عدد العمال هو (n) عندئذ يكون الوقت الكلي المتاح للعمل (L) حيث :

$$L = nX \quad \dots\dots\dots (١)$$

تتضمن المعادلة (١) أن وقت العمل الكلي يتم إقتسامه بالتساوي بين أفراد العائلة في

القطاع الزراعي.

وإذا افترضنا أن حجم الإنتاج الزراعي (Q) هو دالة في وقت العمل الكلي (L) بافتراض ثبات الكميات المستخدمة من عناصر الإنتاج الأخرى، أي أن:

$$Q = f(L), \quad f' > 0, \quad f'' < 0. \quad (٢) \dots\dots\dots$$

وتتضمن المعادلة (٢) إنه في ظل ثبات العوامل الأخرى يتزايد الناتج الكلي مع التزايد في كمية وقت العمل الكلي ولكن بمعدل متناقص، أي أن الناتج الحدي للعمل يكون موجبا ومتناقصا وإذا افترضنا أن استخدام الوحدة من وقت العمل يتطلب دفع القدر (Z) في شكل وحدات من الناتج وبالتالي حجم العرض الكلي اللازم دفعه لاستخدام كمية وقت العمل (X) هو:

$$S^*(X) = ZX, \quad X \leq X^* \quad (٣) \dots\dots\dots$$

وتفترض المعادلة (٣) ثبات (Z) عند مستوى معين ومن ثم فإن عرض العمل $S^*(X)$ يكون ثابتا عند (Z) طالما أن كمية وقت العمل التي يعرضها العامل (X) كانت تساوي أو تقل عن الحد الأقصى (X^*) خلال فترة زمنية معينة، أي أن:

$$S^*(X) > 0$$

ويتحقق التوازن بالنسبة لاستخدام العمل عندما يتساوي (Z) أي تكلفة استخدام الوحدة الإضافية من كمية العمل التي يعرضها العامل مع العائد المتحصل عليه من استخدام وحدة العمل الإضافية.

وإذا افترضنا أن العامل يحصل علي نسبة مقدارها (α) من ناتجه الإضافي حيث:

$$0 \leq \alpha \leq 1$$

فإذا كان العامل يُقيم وحدة الناتج الإضافي التي يحصل عليها الآخرون علي أساس (h) لكل وحدة من الناتج حيث:

$$0 \leq h \leq 1$$

ومن البديهي أنه في ظل اتباع قاعدة إقتسام الدخل (توزيع الدخل بالتساوي بين أفراد

العائلة) يكون إهتمام العامل بالآخرين أقصاه كما هو الحال بالنسبة للعمل داخل العائلة الزراعية ومن ثم فإن :

$$h = 1$$

أما إذا كان العامل متعزل قاما عن الآخرين كما هو الحال بالنسبة للعمل داخل النشاط الصناعي (العمل بأجر)

فإن : $h = 0$ والمعادلة التالية تعبر عن شروط التوازن:

$$Z = f'(nX) [\alpha + (1-\alpha) h] \quad \text{..... (4)}$$

حيث $X \leq X^*$

وطالما أن الناتج الكلي (Q) يزداد بمعدل متناقص مع الزيادة في (L) فإن الناتج يمكن التعبير عنه كدالة في (X) (الناتج المنفي) حيث تنخفض X كلما زاد الناتج الكلي

$$Q = G(f') \quad \text{..... (5)}$$

حيث (G) تكون متناقصة

وتبين المعادلة (5) أن الناتج الكلي يكون داله عكسيه في الناتج المنفي للعمل أو الجهد.

ومن المعادلتين (4)، (5) نحصل على:

$$Q = G(Z / [\alpha + (1-\alpha) h]) \quad \text{..... (6)}$$

حيث (G) تكون متناقصة، $X \leq X^*$

ونلاحظ من المعادلة (6) أن الناتج الكلي (Q) يزداد كلما زادت (α) وزادت (h) وكلما كانت (Z) أقل^(١).

(١) يلاحظ أن (α) تكون مرتفعة في ظل المساهم طبقا لنظام العائلة (Family System) حيث يحصل كل عامل على تسه عالية من مساهمه في الناتج وذلك نتيجة لقله عدد أفراد العائلة، ومن المفضل أن تنخفض (α) في ظل نظام العائلة الممتدة Extended family حيث ترتبط هذه النسبة بـ $\frac{1}{n}$ حيث n تمثل عدد أفراد العائلة الممتدة. ويلاحظ إنه في حالة نظام المساهمة بأجر wage employment قد تصل النسبة (α) إلى الواحد الصحيح حيث يحصل كل عامل على ناتجه المنفي (نظريا)، ولكن نتيجة العناصر الاحتكارية في سوق الانتاج أو الاحتكار الشرائي في سوق العمل - يحصل العامل على أجر أقل من ناتجه المنفي. ومن الواضح أن (h) تكون عالية جداً في نظام العائلة بالمقارنة مع نظام العمل بأجر كما تتميز (Z) أي ثمن العرض بالإحتفاض النسبي.

وحيث أن المعادلة (٦) تتضمن أن المجهود الذي يبذله كل شخص (X) لا يزيد عن الحد الأقصى (X^*) فإن:

$$nX \leq nX^*$$

أي أن $nX^* \leq L$ وإذا عبرنا عن (L) كدالة في الناتج فإن :

$$f^{-1}(Q) \leq nX^* \quad \dots\dots\dots (٧)$$

حيث n يمثل عدد العمال.

وبتحدد "المجهود" المبذول بواسطة كل شخص (X) بالمعادلة التالية:

$$X = f^{-1}(G(Z / [\alpha + (1-\alpha)h]) / n) \quad \dots\dots\dots (٨)$$

وبلاحظ أن تقليل قوة العمل (عدد العمال n) لن يؤثر على كمية وقت العمل الكلي (L) أو الناتج الكلي (Q) إذا قام العمال الهائون بزيادة "المجهود" الذي يبذله كل شخص لتعويض النقص في كمية المجهود الناشئ من تقليل عدد العمال، وطالما أن زيادة المجهود التي توضحها المعادلة (٨) لن يستلزم زيادة الأجر (Z) ولكن بمجرد أن يصل المجهود إلى (X^*) يجب زيادة (Z) وسترتب على ذلك نقص الناتج الكلي.

ولذا فإن الشرط الضروري والكافي لوجود البطالة المقنعة في القطاع الزراعي طبقا لهذا النموذج هو:

$$X^* \geq f^{-1}(G(Z / [\alpha + (1-\alpha)h]) / n) \quad \dots\dots\dots (٩)$$

وبلاحظ أن وجود البطالة المقنعة لم يستلزم أن يكون الناتج الحدي للعمل صفرا (فهذا الشرط ليس ضروريا أو حتي كافيا) كما أن الأجر (Z) لا يستلزم أن يكون صفرا.

وكل ما يتطلبه النموذج لوجود البطالة المقنعة هو ثبات (Z)، (α)، (h) وحتى يظل الانتاج ثابت بعد سحب جزء من قوة العمل يجب أن تتغير (X) أي كمية المجهود الذي يعرضه العامل بحيث تقل عن الحد الأقصى (X^*).

ويتضح من هذا النموذج إن بالرغم من وجود البطالة المقنعة فإن الناتج الحدي للعمل وكذلك معدل الأجر ظل موجب.

٤- بعض التفسيرات المنطقية المحتملة لوجود البطالة المتقنعة:

يمكن أن إرجاع فائض العمل الزراعي في الدول النامية وخاصة في صورته المتقنعة إلى العديد من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والمرفقيه التي تميز اقتصاديات معظم هذه الدول، ويساعد تحليل هذه العوامل في إعطاء بعض التفسيرات المنطقية المحتملة لظاهرة البطالة المتقنعة من الناحية الأكاديمية فضلاً عن المساهمة في تحديد السياسات أو الوسائل المناسبة للعلاج. وفيما يلي نعرض لبعض هذه التفسيرات:

أ- إنخفاض مستويات التغذية والصحة للقوي العاملة.

عندما يكون مستوى التغذية متدنياً للغاية تتأثر طاقة العمل وتنخفض الأنتاجية الحدية (إلى الصفر وربما تصبح سالبة) بمعنى عدم تناقص الناتج الكلي (هل يمكن زيادته) إذا تم نقل جزء من قوة العمل، حيث يترتب علي ذلك زيادة متوسط دخل العمال الباقون وتحسن القدرة علي العمل بما قد ينعكس في زيادة متوسط الناتج لكل مشغول ربما نسبه أكبر من نسبه زيادة الدخل

ونناقش كل من "Mazumdar, Leibenstein and Wonnacott" هذا التفسير للبطالة سواء ضمنياً أو صراحة.

فيصنف Wonnacott هذا النوع للبطالة بأنه فائض محتمل "Potential Surplus" بمعنى أن وحدات الطاقة البذولة لكل عامل قد تكون دون المستوى المحتمل (التوظيف الكامل) ومن ثم فإن تحسين مستوى الطاقة سينعكس في تقليل البطالة، ولكن هذا لن يتم بدون تكلفه حيث يتطلب الارتفاع بمستويات التغذية والصحة زيادة في الإنفاق علي برامج الغذاء والصحة والتي تأتي القوة الدافعة لها من خارج القطاع الزراعي، ويرى البعض أن مثل هذه الإنفاقات تعتبر ذات طابع استثماري وليس استهلاكي^(١١).

(١١) إذا كان الهدف من الإنفاق علي الخدمات الصحية القضاء علي بعض الأمراض المتوطنه التي تسبب كسل وتراخي عدد كبير من السكان مثل الملاريا والذئبتاريا وأمراض الترم فإن هذا يمد بشابه اتفاق استثماري حيث يترتب عليه زيادة كفاءتهم الإنتاجية، وبالمثل فإن الإنفاق الذي يهدف إلي تحسين مستوى التغذية يفرض زيادة القدرة الإنتاجية يعتبر أيضاً بمثابة اتفاق استثماري.

ب- تصور إمكانيات الإحلال الفني بين المستخدمات الانتاجية.

فني ظل افتراض عدم القابلية للإحلال بين عوامل الإنتاج، فإن وجود عرضه ثابت من أحد المدخلات سيحد من الناتج المحتمل وأيضاً من الاحتياجات من المدخلات الانتاجية الأخرى.

ومن ثم توجد حدود معينة لعدد ساعات العمل التي يمكن توظيفها بكفاءة قبل أن تنخفض الانتاجية الحدية لكل ساعة عمل إضافية إلى الصفر.

ومن المحتمل وجود فائض عمل (سواء في صورة متوسط عدد ساعات العمل لكل عامل أو بدلالة عدد العمال) عندما يزيد العمل الزراعي المتاح عن كمية العمل التي يمكن استخدامها بشكل منتج على قطعة معينة من الأرض ويعتبر النقص أو التصور في المتاح من المدخلات الأخرى غير العمل وخاصة الأرض بمثابة مقياس لفائض العمل^(١) ويصف "Echaus" وآخرون هذا النوع من البطالة بأنه "بطالة فنية".

ويمكن إعطاء تفسير آخر لفائض العمل في هذه الحالة، فعندما تكون العائلة الممتدة هي الوحدة الأساسية التي يتكون منها القطاع الزراعي يكون الاعتقاد السائد هو استخدام كل العمال المتاحين في القطاع العائلي (طالما أنه لا بد من إعاشتهم وتغذيتهم) وسيؤدي ذلك في ظل محدودية العرض من الأرض ورأس المال إلى وضع حد أقصى على كمية العمل (بدلالة عدد ساعات العمل) التي يمكن استخدامها بكفاءة.

وسينعكس ذلك في قيام اقتسام العدد الكلي من العمال للإحتياجات من ساعات العمل فيما بينهم الأمر الذي ينعكس في وجود فائض عمل نتيجة انخفاض متوسط عدد ساعات العمل لكل عامل.

ومن الناحية الأخرى إذا كان العمل الزراعي المستأجر (العمل بأجر) من خارج العائلة يلعب دوراً أساسياً في تعبئة مدخلات العمل فإن محدودية المدخلات الأخرى ستؤدي إلى وجود عمال متعطلين تماماً وهم الذين تكون أنتاجيتهم الحدية مساوية للصفر أو على الأقل تنخفض عن ثمن الاحتفاظ بالعمل، وإذا تم توظيف هؤلاء لأي سبب (وليكن نتيجة الضغط

(١) يستخدم كل من "Mazumdar, Mehra, Mathur and singh" هذا النوع من القياس لفائض العمل للعمال في الزراعة.

الاجتماعي) في أي مكان آخر - فإنهم سيمثلون ذلك الفائض المستتر "hidden" من العمل الزراعي^(١).

جـ- ضعف الحافز لتعظيم الدخل فضلاً عن تفضيل الراحة أو الفراغ بالنسبة للدخل المادي؛

يمكن تفسير الفائض في العمل الزراعي استناداً إلى بعض العوامل الاجتماعية والمرفقية التي تنعكس في إضعاف الحافز لتعظيم الدخل وتفضيل الراحة أو الفراغ على العمل.

فعندما يعتمد القطاع الزراعي على العائله كمصدر للعمل فإن وجود العائله الممتدة سيمثل عائقاً هاملاً أمام حركية العمل لأنها توفر نظاماً للضمان الاجتماعي لأفرادها من جهة إلى جانب المساندة المادية من جهة أخرى الأمر الذي يؤدي إلى التقليل من الجاذبية الفعالة للعائد المادي الفردي في حالة إمكانية الحصول عليه من خارج الزراعة

ويري "Lewis" أن الفرد قد لا يجد دافعاً لترك العائله والعمل لدى الغير حيث ماقد يحصل عليه الفرد (الناتج المتوسط للعائله) نتيجة اقتسام الدخل يزيد على الناتج الحدي.

ومن الملاحظ في العديد من الحالات أنه حتى بالنسبة لأولئك الذين تنخفض كثافة العمل أو المجهود في مزارعهم ويعانون من الفقر الحاد قد لا يبحثون عن العمل بأجر في مكان آخر حتى ولو عرض عليهم فهم لا يعتبرون أنفسهم في حالة بطلان^(٢).

يضاف إلى ذلك أن أسواق العمل (بأجر) تكون محلية وتتركز في قري أو أقاليم معينة بحيث أن الفائض في العمل من إقليم معين لا يستطيع أن ينافس فيها في حالة رغبته في العمل نظراً للتفاوت الشديد في الانتاجية فضلاً عن احتمال عدم استجابه العامل الفردي للتنظيم الإداري والفني داخل النشاط الصناعي لأسباب اجتماعية وثقافية، فالعامل الفردي لكي ينتقل فعلاً إلى النشاط الصناعي ويصبح جزءاً منه يساهم في نموه لابد وأن يتخفف من التنظيم الجديد للعلاقات داخل الصناعة ويتفتح بالتنظيم الجديد وأهميته^(٣).

(I) Warren C. Robinson, op. cit., pp. 377-378.

(٢) تظهر البيانات الإحصائية الرسمية في الهند أنه في عام ٦١-٦٢ وجد من بين مجموعة العمال الريفيين التي يعملون فقط من ١٥-٢٨ ساعة في الأسبوع حوالي ٢٧٪ فقط مستعد للعمل إذا عرض عليه، ومن بين العمال الذين يعملون من ١-١٤ ساعة فقط في الأسبوع كانت نسبة الذين قبلوا العمل الإضافي ٢٣٪. انظر

عامش A. Sen, op. cit., p. 39

(٣) د. عبد الرحمن يسري، تحليل أثر العوامل الاجتماعية على التنمية الاقتصادية، دار الجامعات المصرية،

الإسكندرية، ص ٣٢-٣٥، ١٩٧٢.

وفيما يتعلق بتفضيل الفراغ أو الراحة على العمل نجد أن المبدأ الاقتصادي لتعظيم رفاهية العامل يقتضي أن يعرض العامل عدداً من الساعات بحيث يتبادل عندها المنفعة المحدية للدخل مع المنفعة الحدية لساعه الراحة أو الفراغ. وكما زاد معدل الأجر زاد عرض العمل بأفترض تغلب العوامل الاقتصادية المحفزة على العمل.

ويلاحظ أن تأثير الأشكال غير المادية للدخل تكون أكثر أهمية في التأثير على عرض العمل في المجتمعات التقليدية المتخلفة بالمقارنة مع المجتمعات الغربية المتقدمة، حيث يكون هناك تفضيل قوي للراحة أو الفراغ ومن ثم يحصل العامل بعد حد معين على قدر أكبر من الأشباع من تخصيص الساعه الإضافية للراحة بالمقارنة مع الدخل المادي المتحصل عليه من وراء تخصيصها للعمل.

ويتربط على ذلك أن الزيادة في معدل الأجر ستؤدي إلى زيادة في كمية العمل التي يعرضها العامل ولكن بنسبه أقل ومن ثم فإن كمية العمل المعروضة تكون دون مستوى العمالة الكاملة أو المحتمل طبقاً للمفاهيم المتعارف عليها في الاقتصاديات المتقدمة - وعلى ذلك يوجد فائض عمل محتمل في القطاعي الزراعي في ظروف الدول النامية.

٥- الطبيعة الموسمية للزراعة:

تتميز الزراعة بكمية العمل في معظم إقتصاديات الدول النامية بالطبيعة الموسمية، حيث يكون هناك فترات يكون فيها الاحتياج شديداً لكميات كبيرة من العمل في أوقات الزراعة والحصاد. وقد يصل الطلب على العمل لأقصاه مما يعني عدم وفرة فائض في العمل بل قد تعاني الزراعة من النقص في العمل في هذه الفترات.

أما في بقية فترات السنة يكون عبء العمل أقل ويتم توزيعه على فترات طويلة نسبياً ومن ثم يعمل العمال فقط كنسبه من عدد ساعات اليوم أو الأسبوع التي يصلونها في أوقات الذروة ومن ثم يوجد فائض عمل في هذه الفترات غير الموسمية.

وتعتبر المناشئة السابقة صحيحة إذا كان "الجهد" أقصى ما يمكن في الفترات الموسمية وبالتالي الإنتاج، ويتحدد أقصى جهد يمكن ليس بعدد ساعات العمل فقط ولكن بنوعية الجهد

وطبيعته الأنشطة التي تتم ممارستها. ويرى البعض أنه من الممكن تصور وجود فائض عمل حتى في فترات الذروة الموسمية إذا كان الجهد المبذول كبيراً ولكن يقل عن الحد الأقصى.

وربما يكون ممكناً في هذه الظروف ترك بعض العمال للزراعة ولكن بعد أن يتم إعادة تخصيص المهام أو السرعة التي تتم بها إنجاز الأعمال المختلفة بحيث تصل في النهاية إلى جهد أكبر لكل فرد ومن ثم إنتاج أكبر وبالتالي قد نتمكن من الحصول على نفس مستوي النتائج المحقق قبل ترك بعض العمال للزراعة.

وهناك احتمال آخر حتى إذا كان الجهد المبذول في نهاية الموسم الزراعي - أقصاه. فربما يكون ممكناً زيادة الفترات التي يستلزمها الحصاد في ظل استخدام قوة عمل أقل ويتطلب ذلك أحداث تغييرات في التجهيزات المستخدمة أو طريقته تنظيم العمل أو تركيبه المحاصيل^(١) ويوصف الفائض في العمل في هذه الظروف بأنه "فائض ديناميكي محتمل، ومن ثم يمكن الحصول مع نفس النتائج باستخدام إعداد أقل ولكن بعد إجراء بعض التغييرات.

٥- النتائج:

أولاً: تعرض الأساس النظري لفهم البطالة المقننة للإعتقاد ولم يكن ممكناً تشييد نموذج نظري يسمح بإمكانية وجود جزء يعتد به من عرض العمل تكون إنتاجيته المحدية مساوية للصفر وهو الافتراض الذي يكاد يحظى بالقبول على نطاق واسع في ظروف الدول النامية التي يكتظ فيها القطاع الزراعي بالسكان.

وذلك بعد أن أوضحت العديد من المشاهدات التطبيقية حصول العمال على أجر موجب. فكما هو معلوم تنبأ نظرية الإنتاجية المحدية للأجور بأن فائض العمل لا يمكن توظيفه بأجر موجب طالما يستهدف مستخدمي العمل تعظيم الربح وهذا قد تحقق في الواقع إلى حد كبير عندما طبقت النظرية في ظل إفتراضات مماثلة لتلك التي قامت عليها وأهمها أن سوق العمل تحكمه ظروف المنافسة التامة وأن العوامل الاقتصادية والفنية البحثية هي التي تحكم كل من مسلك الناتج الحدي (المحدد للطلب على العمل) من

(1) Harvey leibenstein, General X-Efficiency theory & Economic Development, New York, Oxford University press, 1978. pp. 65-68.

ناحية والكمية المعروضة من العمل كذلك في معدل الأجر (كمعدل للعرض من العمل) من ناحية أخرى.

واستهدف البحث توضيح إمكاناته وجود فائض العمل في صورته المقتنمة دون الحاجة إلى الاستناد إلى الافتراض القائل بأن الانتاجية الحدية للعمل تكون مساوية للصفر.

وقد تم في هذا الخصوص تقديم تحليل جزئي لنظرية الانتاجية الحدية بهدف تفسير البطالة المقتنمة ولكن في ظل افتراضات مغايرة للنظرية التقليدية وأهمها قياس العمل في شكل تيار (عدد ساعات العمل) وليس رصيد (عدد العمال) فضلاً عن افتراض أن عرض العمل يكون دالة متزايدة لمعدل الأجر لكل عامل.

كما عرض البحث لنموذج أكثر إحكاماً لتفسير البطالة المقتنمة أخذ في إعتباره إمكاناته "تفجير الجهد" المهلول في حدود معينة فضلاً عن بعض المؤثرات التي تمكس ظروف العمل طبقاً لنظام العائله والذي يختلف عن العمل بأجر، وقد أمكن في ظل هذا النموذج تقليل قوة العمل دون أن يتأثر الناتج الكلي مع الاحتفاظ بالناتج الحدي للعمل ومعدل الأجر موجباً

ثانياً: إن التعارض بين وجود البطالة المقتنمة والحصول على معدل أجر موجب نشأ أساساً من محاولة تطبيق نظرية الانتاجية الحدية (التي تقوم على افتراضات معينة) ولا يجب أن يستنتج من ذلك ضروره التخلي عن هذه النظرية فهذا يعتبر ظلم أو إجحاف بالنظرية التي يتم تطبيقها في ظل افتراضات مغايرة لتلك التي قامت عليها.

ولعل أهمها أن معدل الأجر يتحدد بظروف الطلب والعرض من العمل وقد أتضح أن معدل الأجر نفسه يؤثر في كثافة العمل ومن ثم في عرض العمل في ظروف الدول النامية وخاصة إذا أخذنا في الاعتبار تدني مستوي التفذية وسوء الأحوال الصحية وتأثير ذلك على مجهود أو طاقة العمل.

وربما يتسق وجود البطالة المقتنمة بالمعنى الذي يستخدمه (ثيركس، ولويس) مع وجود منحنى عرض لانهائي المرونه للعمل حيث يظل الناتج الكلي على حاله طالما يقوم العمال الباقيون بزيادة الجهد بحيث يكون كافياً لتعويض النقص في عدد ساعات العمل بعد سحب جزء من العمال الزراعيين.

وكذلك قد يتسق مفهوم البطالة المقتنعة مع التحليل الكلاسيكي الذي يربط الأجور بمستوى الكفاف حيث يفترض أن بعد حد معين من استخدام القوة العاملة بالزراعة تكون الزيادات في القوة العاملة فائضة (حيث يسري قانون تناقص الفلء).

وفي المقابل فإن مفهوم البطالة المقتنعة لن يتسق مع وجود منحني عرض موجب للعمل كما لا يتسق مع التحليل النيوكلاسيكي الذي يفترض أن النواتج الحدية للعمل الزراعي تكون موجبة.

ثالثاً: يعتمد إقتراح سياسات لتحقيق التوظيف الكامل والتكوين الرأسمالي والتنمية الاقتصادية في ظروف الدول النامية - علي وجود احتياطي كبير من القوي العاملة في حاله بطالة مقلعة. تكون انتاجيتها الحدي مساوية للصفر وخاصة في المناطق الريفية المزدحمة بالسكان، ومن خلال استخدام هذا الفائض من العمل يمكن تحقيق التزكيم الرأسمالي بدون إهدار أية موارد مستخدمة في إنتاج سلع وخدمات بدله.

وغالبا ما ينظر إلى العمل الذي يعاني من البطالة المقلعة بأنه أكثر الأصول وفرة ومن ثم تكون الاستفادة منه مسألة حيوية لتحقيق التنمية الاقتصادية.

غير أنه من الملاحظ أن مثل هذا الاستخدام لن يكون بدون تكلفه وإنما يستلزم تقديم العديد من الحوافز فضلا عن تحسين خدمات البنية الأساسية، كما يتطلب توفير المدخلات الضرورية المكمله وخاصة التجهيزات الفنية المكثفه للعمل إذا ما أريد لقوة العمل الباقية بالزراعة أن تبذل جهداً أكبر وتعمل بكفاءة أكبر.

رابعاً: يتجاهل التحليل الاقتصادي للبطالة المقلعة العديد من العوامل أو الظروف التي تميز اقتصاديات الدول النامية، مما يؤدي إلى نوع من سوء الفهم أو الارتباك عند وضع مفهوم أو تعريف محدد للبطالة المقلعة.

وقد استعرض البحث في هذا الخصوص العديد من العوامل سواء الاقتصادية أو الاجتماعية أو المرفقيه التي يمكن أن تساهم في إعطاء تفسير منطقي لوجود البطالة المقلعة ومن ثم قد تساهم في وضع سياسات ملائمة لمعالجتها.

مراجع البحث :

أولاً: المراجع العربية

- د. عبد الرحمن يسري، تحليل أثر العوامل الاجتماعية علي التنمية الاقتصادية، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، ١٩٧٢.

ثانياً: المراجع الأجنبية

- Dsal Meghmad and Dipak Mazumdar, A Test of the Hypothesis of Disguised unemployment, *Economica*, 1970, Vol, 37.
- Richer Carl and Lawarence witt, *Agricultur in Economic Development*, New York, McGraw Hill Book Company. 1964.
- Leibenstein Harvey, *General X-Efficiency theory α Economic Development*, New York, Oxford university press, 1978.
- Lewis W.A., *Economic Development with unlimited supplies of Labor*, S.P. Agarwal and A.N. Singh, *Economics of under development*, Oxford university, 1958.
- Mazumdar Dipak, the marginal productivity theory of wages and disguised unemployment, *Review of economic studies*, vol. 26, 1959.
- Robinsen warren. c., *Types of Disguised Rural unemployment and some policy Implications*, Oxford Economic papers, vol. 21, 1969.
- Sen A., *Employment, Technology and Development*, clarendon press. Oxford, 1975.
- Welisz Stains law, *Dual Economics, Disguised unemployment and the unlimited supply of labour*, London, *Economica* Vol. 137, 1968.

الآثار السلبية للإجرام على الحياة المهنية فى نطاق قانون العمل

دكتور

همام محمد محمود

استاذ القانون المدنى المساعد

كلية حقوق الاسكندرية

تقديم

اللهم قصدت بعملى النفع والإسهام فى إرساء العدل، فبذلت الوقت والجهد والنفس راجيا أن يكون علما نافعا وعملا طيبا ترضاه. به أتوجه إليك راجيا الجزاء والثوبة. فالحمد لله فيما وفقت من عمل ومنه العفو فيما ألم من تقصير.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الإطلاع على النسبة التي يشكلها العمال من جملة المحكوم عليهم بأحكام جنائية^(١) - خاصة في نطاق الجنایات والجنتح - مع ما يتبع الحكم بالإدانة^(٢) من عقبات أمام السير الطبيعي للحياة المهنية سواء على مستوى الالتحاق بالعمل سواء على مستوى علاقة العمل القائمة، يظهر القطاع العريض المتأثر بهذه الظاهرة من بين المشتغلين بعمل خاص تابع مأجور وهم من يقتصر عليهم نطاق بحثنا^(٣).

ففي مصر، تبين أن عدد العاملين العاديين يبلغ ٤٦٣ من مجموع المتهمين في الجنایات وعددهم ٢٨٢٥ في عام ١٩٨٤.

كما يبلغ عدد العاملين للعاديين ٦٢٣ من جملة ١٧٣٧ منهم في جنتح سرقات المساكن خلال نفس العام.
ويبلغ عدد العاملين في جنتح السرقات من المتاجر ٦٢١ من جملة ٩٦٥ منهم عن نفس العام.

(١) هذه الإحصائيات تمثل وتعبّر عن الإجرام الظاهر. لذا لا بد أن يدخل في الاعتبار - عند تقدير هذه الظاهرة - الإجرام الخفي الذي لا يصل إلى علم السلطات.

Le Chiffre noire de la crime.

(٢) إضافة إلى العقبات المترتبة على مجرد الإتهام والإحالة خاصة المصحوبة بحبس احتياطي أو حتى تلك التي يصادفها العامل برغم القرار بعدم تقديمه للمحاكمة أو الحكم بالإبراء.

(٣) ليس بمنأى عن هذا التأثير العاملون بشركات قطاع الأعمال العام والموظفون العموميون وهم من سوف نشير إلى تنظيمهم القانوني في هذا الخصوص على سبيل المقارنة.

ويبلغ عدد العاملين العاديين ١١٦ من جملة ٤١٨ متهم في جناح سرقة السيارات في نفس العام^(٤).

وفي فرنسا، في عام ١٩٧٥، حصر جملة المحكوم عليهم بأحكام جنائية بـ ٢٣٢٨٨٠٦ شخص في مجمل الجرائم^(٥). كان المحكوم عليهم في الجنائيات والجناح من بين هذا العدد يبلغ ٣٨١٠١٨. في تصنيف هذا العدد - ٣٨١٠١٨ - من الناحيتين الإجتماعية والمهنية تبين أن ٥٤٪ منه من طائفة العمال موزعة على النحو التالي:

Ouvriers	- ٢٩٩٪ عمال
Employés	- ١٤٦٪ مستخدمون
Cadres moyens	- ٩٤٪ مستخدموا إدارة

في نفس الاتجاه، تبين من إحصائيات أخرى أن نسبة ٥٠٪ من المحكوم عليهم في الجناح من الشريحة المنتجة - Population active - ينتمون إلى فئة العاملين بالمعنى الواسع^(٦).

هذه الإحصائيات تبرز أن للتورط في الإجرام بارتكابه أو نسبه العامل ليس بعيدا عن أي منا على الأقل في شأن الإتهامات الكيدية أو أوامر الاعتقال التي تصدر استنادا لقانون الإستهاء أو قانون الطوارئ أو في

(٤) تقرير الأمن العام - وزارة الداخلية - مصلحة الأمن عام ١٩٨٤.

(٥) Compte général de la justice - 1975. T.1 - P. 41.

(٦) لرجع:

Michel Roger: le effets de la delinquance d'un salarie sur son contrat du travail". Rev. dr. soc. 2 Fev - 1980 - P. 173 et s.

شأن الجرائم غير العمدية^(٧)، خاصة في ظل م ٦٧ عمل - مصري - التي تبنت فيما مثلت فيه على الخطأ التأديبي معيارا جامدا بقرينة قاطعة، يتمثل في صدور الحكم النهائي بالإدانة في شأن أى جنائية أو جنحة داخل دائرة العمل ولو لم تكن مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة ودون ما تقدير لمدى تأثيرها على حسن سير العمل بالمشروع وسمعته وثقة العملاء فيه أو تأثيرها سلبيا على امكانيات التعاون مع العامل سواء من جانب صاحب العمل أو رؤسائه سواء من جانب زملائه.

- يتتبع الآثار السلبية للإجرام على الحياة المهنية نجد أن بعضها مردء تارة لدلالة الجريمة - التي ثبت نسبتها للعامل - على الخطأ التأديبي^(٨) المبرر للإتهام أو الفسخ وهو ما تفرغناه مدارا لبحثنا، باعتبار أن هذه الآثار سلبية تظهر كنتيجة مباشرة لإجرام العامل، بغض النظر عن نوعية ومقدار

(٧) Soc. 5 Mars 1987 D. 1988 - P. 241 note Karaquillo"

Le faute grave rendant

impossible le continuation du contrat de travail jusqu' a son terme peut être une faute involontaire".

- Rapp. soc. 29 Nov. 1984: J.C.P. 85 ed. E.I. 14383 P. 172 No. 7, obs. B. Teyssie: decidant que la faute grave n'est pas nécessairement liée à l'intention de commettre un acte indelicat".

- الطعن ٤٧/٢٦٦ ق جلسة ١٩٨٢/٥/٩ في عصمت الهوارى ج - ٥ ص ١٢٦ قاعدة ٨٠ صاحب العمل فسخ عقد العمل لإخلال العامل بأحد التزاماته الجوهريّة المترتبة على هذا العقد بشرط أن يكون ذلك راجعا إلى خطئه سواء عن عمد أو لمجرد إهمال".

- نقض مدني ٢٧/٤٨٦ ق في ١٩٧٢/١٢/٢٩ ص ٢٤ من ١٣٨٨.

- ٢٦٢ ص ٤٢ ق في ٧٦/٦/٢٩ ص ٢٧ من ١٤٥٤.

(٨) الذي يخل بالثقة الواجبة في العامل أو يؤثر سلبيا على حسن سير العمل بالمشروع أو على سمعته.

العقوبة المقررة بها. وهو ما أوليائنا إهتمامنا على ضوء التنظيم القانوني الوارد في م ٦١، ٦٧ عمل مقارنا بالقانون العربي والفرنسي المقارن.

- وبعضها مرده تارة أخرى لما قد يحول بين العامل وبين أداء عمله بحيث تدعو حاجة العمل إلى إحلاله بغيره، سواء كان مرجع ذلك لما يصاحب إجراءات جمع الاستدلالات والتحقيق والإتهام والمحاكمة من تحفظ أو قبض أو حبس احتياطي يتخذ أو لما تختتم به الدعوى الجنائية من ادانة سواء بعقوبة مقيدة للحرية (قصيرة أو طويلة المدة) سواء بالحرمان من حق أو ميزة لازمين لأداء وظيفته شأن سحب رخصة القيادة أو رخصة سلاح أو ترخيص بمزاولة المهنة. ذلك برغم أن الجريمة التي ثبتت نسبتها للعامل لا تخل بذاتها بالثقة فيه أو لا تؤثر سلبيا على إمكانية التعاون معه أو على سبغة المشروع وثقة العملاء فيه. وهو ما قد يصادفه العامل أيضا حيث تتضمن الترساة القانونية نظاما من قبيل قانون الإشتباه وأوامر الاعتقال، في ظل الطوارئ، بحيث تكون الشرعية القانونية هي - بما تؤدي إليه من عرقلة العامل عن أداء عمله - من أصاب الحياة المهنية في مقتل.

جملة في هذه الحالة الأخيرة - حيث لا تكون الجريمة التي ثبتت نسبتها للعامل مجلة بالثقة فيه - وبالتالي حيث لا تكون في ذاتها مثارا للمسئولية التأديبية - قد يفقد العامل عمله كنتيجة غير مباشرة وغير مقصود ترتيبها على التجريم^(٩).

(٩) انظر على العكس حيث يوجب المشرع على الحكم بعقوبة جنافية العزل من الوظيفة عقوبة تبعية تترتب مباشرة على الحكم الصادر ضد الموظف دون حاجة للنص

وبالنظر لأن تآثر علاقة العمل فى هذه الحالة إنما هو أثر سلبى مباشر للإجراءات المصاحبة لجمع الاستدلالات أو التحقيق أو النوعية العقوبة التى لم يراع فيها الاعتبار المهنى، بحيث امتنع على العامل نتيجة لهذا كله أو بعضه أداء عمله، فإننا إستبعدناه من خطة بحثنا بإعتباره أثر سلبى غير مباشر لإجرام العامل. وفى هذا الخصوص نكتفى بالإشارة إلى ضرورة تضافر آليات القانون الجنائى وقانون العمل لدرء الآثار السلبية عن الحياة المهنية، موازنة مع مصلحة صاحب العمل فى تأمين إستمرار العمل بمشروعه، فى حالة الجريمة التى لا تعد بذاتها مثارا للمسئولية للتأديبية.

- فعلى مستوى القانون الجنائى أن يتحقق هدفنا إلا بمؤاسة رشيدة فى نطاق التجريم وفى نطاق العقاب. فى نطاق التجريم لا نستطيع أن نلقت عن الإسراف والتضخم التشريعى حيث يعتمد عليه كوسيلة لتحقيق أهداف إجتماعية تتجاوز حماية القيم الأساسية فى المجتمع كنطاق أصيل لقانون العقوبات. بحيث لم يعد قانون العقوبات هو النطاق الوحيد للتجريم بل

= عليه صراحة فى حكم الإداة م ٢٤ ع - م ٢٥ ع - م ٢٦ ع - م ٢٧ ع عقوبات مصرى. أو العزل كعقوبة تكميلية لا تطبق إلا إذا نص عليه صراحة فى حكم الإداة وذلك فى غير حالة الحكم بعقوبة جنائية م ١٢٠ - م ١٣١ - ١٣٢ عقوبات - أو حيث يفترض المشرع بقرينة قاطعة قيام الخطأ التأديبى من العامل المبرر لإنهاء أو النسخ فى حالة ارتكابه بعض الجرائم الموصوفة م ٦١ - م ٦٧ عمل من القانون ٨١/١٣٧.

أنظر النصوص المقابلة فى قانون العاملين المدنيين بالدولة أو العاملين بشركات قطاع الأعمال العام التى تعتبر الإداة فى بعض الجرائم الموصوفة بالنص - قرينة قاطعة - مبررا لإنهاء خدمة العامل. (م ٧/٩٤ - م ٤/٤٥).

أصبحنا نعيش "التجريم بالاحالة" في كثير من التشريعات الفنية التي تختتم بنص أو أكثر يجرم مخالفة أحكامه السابقة^(١٠).

هذا الإسراف التشريعي في مجال التجريم، ضرره أكبر من نفعه ذلك أنه يتدخل في أغلب مجالات الحياة المدنية يخلق الشعور بأن الأصل غدا هو التجريم وليس الإباحة بما يقعد المواطن عن المبادرة خوفا من الوقوع تحت طائلة التجريم.

أضف إلى أن كثرة الالتجاء لوسيلة التجريم يفقدها هيبتها ويدفع المواطن لأن يسعى لتحقيق مصالحه ليس عن طريق موافقة سلوكه للتنظيم القانوني الذي يبدو له جائزا وإنما بالتحايل عليه والتهرب منه.

بضايقت لهذه المساواة أنه من الخطير يمكن الإسراف في استخدام وسيلة المسؤولية الجنائية - في غير نطاقها الأصول - مع ما يترتب عليها من ملاحظة المحكوم عليه بوصفه الإدانة مع مالها من انعكاسات سلبية في المجال الاجتماعي والمهني.

ثم إن مبدأ أنه "لا يعزr أحد بجهل لقانون" الذي هو في أصله حيلة قانونية، يغدو متعذرا الدفاع عنه. لأن مقتضاه في ظل هذا الإسراف التشريعي، تكليف المخاطبين بالمستحيل ذاته وهو ما يصطدم مع أبسط مبادئ

(١٠) شأن قانون التنظيم العمراني - قانون الضرائب - قوانين حماية البيئة - قوانين تنظيم الصيد بأنواعه - قوانين المرور - قوانين الأحزاب - قانون تنظيم الانتخاب - قوانين حماية المستهلك (القوانين التنويفية)

العدالة.^(١١) يضخم من حجم المسائل السابقة للإسراف التشريعى، أن يفكر التجريم للتحديد والوضوح ودقة الصياغة سواء نتيجة استخدام Termines techniques ou même ésotériques. مصطلحات فنية معقدة. سواء باستخدام قوالب مرنة توسع الركن المادى بما يجعله "غير محدد"^(١٢).

والقاصصة فى تقييم الإسراف التشريعى فى مجال التجريم يدلى بها إخصائيو علم الإجرام، فى فشل هذه الوسيلة فى تحقيق الحماية الفعالة للقيم الاجتماعية المقصودة بالحماية، فلم تنخفض الجرائم بعد التجريم عنه قبله^(١٣). لهذا كله فالدعوة هى إلى حصر نطاق التجريم فيما تدعو إليه الضرورة لحماية القيم الحيوية فى المجتمع من الاعتداء عليها والتأى عن أن يزعج به لمواجهة كل إغراق اجتماعى ولو قل شأنه (م ٤ - م ٥ من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان). بحيث ينحصر التجريم كوسيلة ضرورية

(١١) انظر:

J. jacques de Bresson: Revue de science criminelle 1985 P. 243 "inflation des lois penales et ligislations ou reglementations techniques"; Raymond Gassier: Criminologie. Precis Dalloz 1988, P. 52 et s.

(١٢) انظر م ٥ من قانون الاشتباه الذى قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته.

(١٣) بل إن البعض منهم من يعزو انخفاض بعض الإحصائيات إلى عدم دقتها أو إلى تهرب مرتكبها ونجاحه فى إخفاء جريمته والهروب بها بغير متابعة إلى أن سقطت الدعوى الجنائية أو إلى أعمال الإدارة فى كشف الجرائم أو فى تطبيق النصوص. ويعطون لذلك مثالا بارزا على عدم أصالة الإحصائيات فى التعبير عن الواقع فى خصوص تجريم اللادعية عن السجائر فى المجال الرياضى حيث لم تنحصر إلا بضعة عشرة مخالفة من تاريخ تطبيق نص التجريم وهو ما يكذبه الواقع. انظر المرجع السابق Jacques Bresson ...

ولازمة لتحقيق الهدف الإجتماعي^(١٤)، مع العناية بدقة الصياغة. والتحديد للركن المادي^(١٥)، كما زادت الدعوة إلى الفساح المجال رحبا أمام التفسير الوقائية والعلاجية على الأمد الطويل و التقصير سواء تلك الموجهة لعامة المجتمع سواء تلك الموجهة للفئات الأكثر تعرضا لخطر الوقوع فى الجريمة - من خلال الأجهزة الرسمية أو غير الرسمية. من قبيل ذلك

(١٤) أنظر فى فرنسا حيث أصبح إصدار شيك بدون رصيد بمبلغ لا يتجاوز ١٠٠٠ فرنك مجرد مخالفة (قانون ١٩٧٢) ثم بمقتضى التعديل ١٩٧٥ لم يعد إصدار شيك بغير رصيد جريمة إلا فى حالة قصد الاضرار بالغير (أنظر Raymond Gassier). أنظر فى نفس الموضوع، تقليص التجريم لتعاقب التطور الأخلاقي المتمثل فى السماح بالأجهاض بحيث لم يعد جريمة إلا بشروط معينة عدم العقاب على الخيانة الزوجية. عدم تجريم زنا-الزوجة. أنظر الاتجاه نحو تبني الأعذار المعفية شأن المدمن الذى يتقدم للعلاج. مع ذلك فإن الأمانة تقتضى الإشارة إلى الإحصائية التى أظهرت أن البلاغات عن إصدار شيك بغير رصيد فى عام ١٩٨١ لم تقل عن مثيلتها فى عام ١٩٧٢ أنظر (Raymond Gassier).

(١٥) أنظر حكم محكمة دستورية عليا مصرية بعدم دستورية م ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥، الخاص بالمتشردين والمشتبه فيهم. ذلك أن نص م ٥ فيما يقرره من أن للاشتباه صورتان، إحداهما أن يكون المتهم قد اشتهر عنه أن اعتاد بعض الجرائم أو الأفعال. ورتب القانون عليها عقاب المتهم، وأجاز التكيلل عليها بالأقوال والسوابق أو التقارير الأمنية بعد أن قرر أن هذه تعتبر قاطعة فى تأكيد خطورته. هذه الصورة مخالفة للدستور باعتبار أن براءة المتهم أصل لا بد من استصحابه فى كل حالة سواء كان المتهم مشتبهاً فيه أو غير ذلك. وأن الأدلة لا بد أن تقوم على أدلة تبلغ مبلغ الجزم واليقين وهذه لا يكفى فى تحققها مجرد الشبهات التى تحيط بالمتهم. ثم إن هذا الاشتباه الذى تحدده الصورة الأولى للاشتباه لا يمثل سلوكاً أو واقعة مادية وإنما قوامة حالة خطيرة كأمنة مرجعها إلى شُبوح أمره بين الناس. وهو ما يخالف بدوره م ٦٦ فى الدستور من أنه يشترط لكل جريمة ركناً مادياً لا قوام لها بغيره وهو ما يتخلف فى حالة الاشتباه. وحيث أن الصورة الثانية للاشتباه تقوم على أحكام أدلة سابقة فصلتها م ٥. وهذا أيضاً يظل الاشتباه جريمة بلا سلوك. إذ يعتبره مشتبهاً فيه - مجرماً - بناء على جرائمه السابقة وهو ما يناقض السياسة الجنائية القويمة لأنها تعاقب المتهم على إحتمال ارتكابه فى المستقبل جريمة غير معينة. بما ينطوى على معاقبة الشخص أكثر من مرة على فعل واحد - مشار إليه فى جريدة رسمية ع ٢ فى ٩٢/١٤ ص ٧١ - ٨٤.

الرقابة على بيع الأسلحة النارية. وحظر تداول المخدرات وزراعتها. وتصييق أو منع الترخيص بالحانات. الرقابة على البث الاعلامي وعلى المطبوعات والاهتمام بنشر الوعي الديني والثقافي وخلق روح الحوار الحر وتشجيع الرياضة.

والقضاء على العشوائيات ورفع مستوى المعيشة وخلق فرص عمل. والإهتمام بدور فعلى للمشرفين الاجتماعيين والموجهين فى التجمعات المختلفة (مدرسية - عمالية - نوادى) ورعاية الأيتام وتقرير نظام لكفالتهم بالاضافة إلى تواجد أمنى يمنع الجريمة قبل وقوعها.

- وفى نطاق العقاب:

نتج عن الإسراف التشريعى فى مجال التجريم، عدم العناية فى اختيار العقاب المناسب للجريمة بحسب أهمية القيمة الاجتماعية محل الحماية أو عدم العناية بإفصاح مجال التفريد فى اختيار العقوبة بما يتناسب مع ظروف المجرم وظروف ارتكاب الجريمة. فكان أن زحزت التشريعات بعقوبة موحدة لجزائرم مختلفة أو بالعكس مقابلة معقدة ومفصلة لصور من التجريم والعقاب^(١٦). ثم كان أن غلب على تحديد نوعية العقوبة، العقوبات المقيدة للحرية القصيرة المدة مع مآلها من آثار سلبية معرقللة للحياة المهنية، خاصة فى شأن الجرائم التى لا تعتبر فى ذاتها مثارا للمسئولية التأديبية. الأمر الذى يخرج العقوبة عن هدفها كوسيلة لإعادة التأهيل والاندماج فى

للكيان الاجتماعي إلى أن تكون وسيلة معوقة له ومعيقة لنفوره الاجتماعي بما يفتح السبيل أمام المجرم بالصدفة إلى أن يكون مجرماً عاتداً.

لذا فالدعوة هي إلى أن يراعى المشرع، في مجال تحديد نوعية العقوبة ومقدارها وكيفية تنفيذها، الالتزام بأغراض السياسة العقابية^(١٧)، في غير إقراط أو تقييد، وإلا غدت - بقدر إنحرافها عن هذه الأغراض - وسيلة للضرر الاجتماعي.

ففي مجال نوعية العقوبة^(١٨)، تكون الدعوة إلى تقييد الاتجاه للعقوبات المقيدة للحرية إلا فيما لزم وفيما لا يمكن تحقيق الهدف العقابي بغيرها من

(١٧) تحقيق حماية المصالح والقيم الأساسية الجديرة بالحماية الجنائية من خلال استهداف تحقيق العدالة والردع الخالص والردع العام وإعادة التأهيل. انظر. د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - دار النهضة العربية - ط ٥ - ١٩٨٢ -

Jean Pradel: L'individualisation de la sanction: essai d'un bilan à la veille d'un nouveau code penal.

Revue de sciences criminelles. et de droit compare No. 4 1977, Oct-déc. ed. Sirey P. 723 et s.

(١٨) انظر دراسة للمجالس القومية المتخصصة حول تطوير وإصلاح الجهاز العقابي المصري منشورة في جريدة الأهرام - ١٩٩٣/٦/٢٥ ص ١٧. حيث أهم نتائجها واقتراحاتها: (١) تنبئ نظام قاضي تنفيذ العقوبة المقضى بها الذي يراقب مدى استقالة السجين وتأهيله ومراجعة البرنامج الموضوع له وتعديله إذا اقتضت الحالة ذلك. (٢) الأخذ بمبدأ التفريد القضائي في مجال اختيار وتقدير الجزاء الجنائي بما يقتضيه إيجاد جهاز قضائي تابع للمحكمة لدراسة شخصية المتهم وظروفه وظروف بيئته والعوامل الدافعة للجريمة. (٣) الحد من العقوبات القصيرة المدة واستبدالها بالتدابير الاحترازية والعقوبات المالية والتشغيل خارج السجن. كما أشار التقرير إلى التشريع الأممي (١٩٧٥) الذي اتجه إلى توقيع عقوبة مالية بدلا من عقوبة الحبس التي تقل عن ستة أشهر إلا في حالات الضرورة القصوى، وحتى في هذه الحالات يتعين القضاء بوقف تنفيذها. (٤) الأخذ بمبدأ التفريد التنفيذي للعقوبة طبقا لدراسات شخصيته وظروفه.

العقوبات المالية أو البدنية أو الماسة بالاعتبار أو بالجزاءات الادارية أو بالتدابير الجزائية الاحترازية كجزاءات مستقلة، بحيث يصبح الالتجاء للعقوبة المقيدة للحرية للوسيلة الأخيرة لتحقيق الحماية الاجتماعية بأبعادها المختلفة على أن يترك للسلطة التقديرية للقاضي اختيار نوعية الجزاء بحسب ظروف المجرم وظروف ارتكاب الجريمة إستجابة لمبدأ التفريد بما من شأنه النجاح في تحقيق الهدف من العقاب وتجنب الآثار السلبية للعقاب الجامد الذي لا يفسح مجالاً لثنى الاعتبارات سواء أكانت إعتبارات مهنية أو صحية أو اجتماعية أو تعليمية.

ومن قبيل الإستجابة لذلك في خصوص إفساح المجال للعقوبات المالية وتقليل الإلتجاء للعقوبات المقيدة للحرية خاصة القصير المدة منها، ما قرره القانون ١٦٩/١٩٨١ مصرية من حصر عقوبة المخالفة في الغرامة التي لا يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه (م ١٢ ع ١٩). ولا نرى بأساً من استخدام العقوبات البدنية شأن الجلد والضرب والقطع (٢٠).

وكذلك للعقوبات الماسة بالاعتبار شأن ما تنهأه المشرع المصري في م ١٩٨ ع من نشر الحكم في صحيفة واحدة أو أكثر أو بالصقل على الجدران.

(١٩) بينما قيل هذا التعديل كانت المخالفات هي الجرائم المعاقب عليها بالحبس الذي لا يزيد أقصى مقداره على أسبوع أو الغرامة التي لا يزيد أقصى مقدارها على جنيه. أنظر على العكس القانون الفرنسي art 465 حيث يقرر أن المخالفة هي تلك التي تكون عقوبتها الحبس بحد أدنى يوم ويحد أقصى شهران أو الغرامة بحد أدنى ٣٠ فرنك ويحد أقصى ١٢٠٠ فرنك.

(٢٠) أنظر إفساح الشريعة الإسلامية المجال لهذه الصورة من العقاب.

كما نرى أن يفسح المجال للتدابير الجزائية الاحترازية كعقوبات مستقلة قائمة بذاتها شأن سحب أو وقف الترخيص بحمل السلاح أو رخصة القيادة أو جواز السفر ومنع استعمالها لمدة معينة أو المصادرة أو حظر إتيان أماكن معينة واستخدام مراقبة البوليس كتدبير مستقل وليس كعقوبة تبعية أو تكميلية. ومن قيل تلك أيضا التسخير في القيام بأعمال الخدمة المدنية لشخص عام أو جمعية ذات نفع عام أو الإلزام بالخضوع لتدابير علاجية أو تهييئية شأن الإلزام بحضور جلسات علاج نفسى أو توعية يبنية أو تربوية أو ضرورة اجتياز برنامج للتدريب المهنى. على أن يترك المجال للتدبير للقاضى فى اختيار العقوبة. وتحديد مقدارها وبداية وطريقة تنفيذها، بحسب تقديره لظروف المجرم وخاصة الاعتبار المهنى والدراسات النفسية والاجتماعية عنه وظروف ارتكاب الجريمة.

ذلك ولقد خطى القانون الفرنسى خطوات هامة فى هذا الطريق نشير إلى أهمها (م ٤٣ - ١ ع فرنسى - م ٥٨ - ٣ ع فرنسى).

- فقيرت م ٤٣ - ١ ع فرنسى فى حالة الجنحة التى وتقرر لها كعقوبة تبعية أو تكميلية جزاءات جنائية أخرى غير الحبس أو الغرامة بالحرمان من بعض الحقوق أو المزايا، التخيير للقاضى فى أن يكتفى بهذه الجزاءات الأخرى كعقوبة أصلية، بديلة عن العقوبة المقيدة للحرية أو العقوبة المالية.

وفى هذا تقييد للتأجيل السابق بالحد من التأجيل للعقوبات المفيدة به الحرية فى خصوص الجنب (٣١).

وتقنيا لذات التأجيل قررت م ٤٣ - ٢ ع فرنسى إمكانية القاضى الاكتفاء بالحكم كعقوبة أصلية، يحظر مباشرة النشاط المهنى أو الاجتماعى بحد أقصى ٥ سنوات (Professionnelle ou Sociale) الذى استخدمه المتهم أو توصل به لإرتكاب الجنب العمدية المقدم عنها للمحاكمة الجنائية، وذلك بدلا عن عقوبة الحبس. وواضح أن هذا النوع من الجزاء غير المفيد للحرية لا يحول بين المحكوم عليه وبين مباشرة نشاط مهنى آخر - غير المحظور عليه مباشرة - يرتق منه ويتحقق من خلاله انضمامه للكيان الاجتماعى.

وفى م ٤٣ - ٣ ع فرنسى أجاز للقاضى أيضا فى خصوص الجنب المعاقب عليها بالحبس، أن يقضى كعقوبة أصلية بدلية بواحد أو أكثر من الجزاءات الجنائية الأخرى التى تتمثل فى الحرمان من بعض الحقوق أو المزايا لمدة معينة، وهذه تتمثل فى:

- وقف الترخيص بالقيادة بحد أقصى ٥ سنوات، بغیر أن يكون ذلك مانعا من مباشرة نشاطه المهنى.
- حظر قيادة طائفة أو أكثر من السيارات بحد أقصى ٥ سنوات.
- مصارة السيارة.
- احتجاز السيارة ومنع تسييرها بحد أقصى ٦ أشهر.

(٢١) والنص يتسع لجميع مبرور الجنب. ولا يقتصر على حالة الحبس قصير المدة بل يمتد حتى للطويل المدة.

- منع حيازة أو استخدام السلاح بحد أقصى ٥ سنوات.
- سحب الترخيص بالصيد مع منع استصدار ترخيص جديد لمدة لا تزيد عن ٥ سنوات.
- مصادرة السلاح.

كما أجازت م ٤٢ - ٤٤ ع فرنسي للقاضي في الجرح المقرر لها عقوبة الحبس أن يقضى بدلا عنها كعقوبة أصلية بعقوبة المصادرة لمحل الجثة أو للمتحصل عنها أو لما استخدم في ارتكابها^(٣٣).

- كما أجازت م ٤٢ - ١/٢ ع فرنسي، في حالة الجثة المعاقب عليها بالحبس، بشرط ألا يكون المحكوم عليه قد أدين في الخمس سنوات السابقة - على الواقعة محل المحاكمة - عن جنابة أو جنحة من جرائم القاتلون العام أو قضى عليه بعقوبة جنابة أو بعقوبة حبس لمدة تزيد عن أربعة أشهر مع النفاذ، للمحكمة في هذه الحالة أن تقضى عليه كعقوبة أصلية بتفسيره في عمل، لمصلحة شخص عام أو مؤسسة عامة أو جمعية ذات نفع عام، لمدة لا تقل عن أربعين ساعة ولا تزيد عن ٢٤٠ ساعة.

إلا أنه عني بالرجوع لعقوبة الحبس في حالة فشل هذه الجزاءات البديلة وهو ما يظهر في حالة مخالفة المحكوم عليه للإلتزامات المفروضة عليه أو عدم انصياعه لما يتقرر من حرمانه من حقوق أو مزايا^(٣٤).

(٢٢) انظر م ١١ ع فرنسي.

(٢٣) م ٤٢ - ٦ ع فرنسي ذلك معاقب عليه بالحبس بحد أدنى شهران وبحد أقصى سنتان وفي حالة العود يكون الحبس بحد أدنى سنة وبحد أقصى ٥ سنوات.

كما تقدم آلية قانون العقوبات على مستوى تشريع العقوبة، ما يكفل عدم الالتجاء بقدر الامكان للعقوبات المقيدة للحرية، فإنه على مستوى القضاء بالعقوبة يقدم الليات لا تقل أهمية في إمكانية الاستفادة منها للحفاظ للمحكوم عليه على وظيفته وعدم عرقلته عن أداء مهنته.

من قبيل ذلك نظام وقف التنفيذ على ما هو منظم بالمادة ٥٥ ع مصرى اذا ما أدخل الاعتبار المهني ضمن ظروف المحكوم عليه وماضيه التي تبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود لمخالفة القانون. خاصة أن مجال تطبيقه هو حيث يصدر الحكم في جناية أو جنحة بالفرامة أو بالحبس مدة لا تزيد على سنة. والذي قصد أن يفيد منه بالدرجة الأولى المجرم بالصدفة واعاقته عن طريق وقف التنفيذ على عدم الانفصال عن الكيان الاجتماعى وعدم عرقلة حياته المهنية أو الاجتماعية من جراء الادانة.

ثم قد يكون الاعتبار المهني ضمن الاعتبارات - المتعلقة بشخص المجرم، التي يدخلها القاضى فى إعتباره فى إستخدامه للظروف المخففة (م ١٧ ع) للنزول بالعقوبة عن مستوى الحد الأدنى المقرر للجريمة، حيث يكشف عن تضالول الخطورة الاجرامية للمجرم كموجب للرأفة^(٢٤). كذلك

= بحيث تكون العقوبة المقيدة للحرية الوسيلة الأخيرة لتحقيق أغراض السياسة العقابية.

(٢٤) نقض ١٩٣٤/١/٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ - رقم ١٨١ ص ٣٥.

فإن تقرير العقوبة بين حديقها الأدنى^(٢٥) والأقصى قد يمكن القاضي من معالجة الأسراف التشريعي في استخدام العقوبة المقيدة للحرية وقد يمكن من مراعاة الاعتبارات المهنية ضمن مجموعة الاعتبارات المادية والشخصية المتعلقة بارتكاب الجريمة.

كما سمح المشرع الجنائي بالأخذ في الحسبان بالاعتبار المهني بمناسبة تقدير العقاب. كما هو الحال فيما قرره في م ٤٣ - ٣ ع فرنسي من مكانية تضيق نطاق وقف الترخيص بالقيادة بما لا يمنع العامل المحكوم عليه من أداء مهنته^(٢٦).

(٢٥) ومن الجدير أن حدود عقوبة الحبس في الجثة تتراوح من ٢٤ ساعة كحد أدنى إلى ما لا يزيد عن ثلاثة سنوات كحد أقصى وهو ما يسمح بمجال واسع للتفريد. (م ١٨ ع مصري).

(٢٦) ولقد نظمت اللائحة التنفيذية رقم ٧٥ - ١٢٦٠ في ديسمبر سنة ١٩٧٥ كوفية استخدام رخصة القيادة للأغراض المهنية الذي يجب أن يتضمن تحديدا لطاقة السيارات المستخدمة لهذا الغرض ومكافئه وزمائه.

V.C.P. ed. Dalloz ed. 1989 - 1990 P. 28; P. 389 et s.; V. C. d'appel de Paris 20 sept. 76 G.P. 76 No. 5 J. 615 obs. D.S.N. il convient d'accueillir favorablement en raison du risque de perte d'emploi, la demande d'un conducteur de poids lourds formulée postérieurement à 'une condamnation définitive à la suppression du permis de conduire et tendant à la conservation du droit de conduire des véhicules des catégories considérées;

C. d'appel de Paris 13 Janv. 76 G.P. 76 No. 2 P. 180.

حيث قضت المحكمة كعقوبة أصلية بسحب رخصة القيادة مع السماح له باستخدامها فيما يستلزمه نشاطه المهني من استخدام سيارته الخاصة فيما بين منزله والمطار حيث يعمل بمشروع تموين وخدمات الطائرات في مطار Roissy وأن عمله يستلزم تواجده بالمطار في أوقات غير منتظمة من الليل والنهار بحيث يتعذر معه استخدام وسائل النقل العام ويكون استخدام سيارته لازما لمباشرة نشاطه المهني. - وما هذا إلا تطبيق للمادة ١/٥٥ ع فرنسي. انظر في نفس المعنى:

c. de cass. Ch. Crim. 10 Oct. 77 G.P. 78 [4-5 Janvier 78] P. 12.

كذلك فقد أدخل القانون الاعتبار المهني بطريقة مباشرة في تحديد كيفية تنفيذ الجزء الجنائي المقضى به في حالة التسخير للعمل في خدمة شخص عام (م ٤٣ - ١/٣ ع فرنسي) حيث عني المشرع بالنص على أن يراعى في التكليف بالتسخير عدم التعارض مع ساعات العمل بالنسبة للعامل المحكوم عليه (م ٤٣ - ٥/٣ ع فرنسي).

كما أدخل الاعتبار المهني في بداية تنفيذ الجزاء الجنائي حيث تقرر جواز الحكم بوقف الإلتزام بالتسخير مؤقتا إستجابة لاعتبار جسيم ذو طابع مرضي. عائلي. مهني أو اجتماعي (م ٤٣ - ١/٣ ع فرنسي). هذا أيضا قرره المشرع في م ٤١ ع فرنسي حيث أجاز للقاضي إستجابة لإعتبارات جسيمة ذات طابع طبي. عائلي. مهني أو اجتماعي، تسليط الغرامة المقضى بها.

وفي نفس الاتجاه قضت م ١/٧٢٠ أ.ج فرنسي بالترخيص لمحكمة الجنج بإمكانية الحكم بالوقف المؤقت لبدء تنفيذ عقوبة الحبس المقررة للجنة - أو المخالفة^(٢٧). أو حتى تجزئة تنفيذها إستجابة لاعتبارات جسيمة ذات طابع طبي. عائلي. مهني أو اجتماعي^(٢٨).

= حيث خفضت المحكمة - استنادا للمادة ١/٥٥ ع فرنسي - مدة وقف الترخيص بالقيادة الصادرة لمدة ٣ أشهر - بحيث يستطيع العامل المحكوم عليه أن يستخدمه خلال أيام العمل.

(٢٧) في فرنسا ظل الحبس عقوبة جائزة للمخالفة.

(٢٨) وفقا للمادة ١/٧٢٠ أ. ح زمني على امتداد وقف تنفيذ عقوبة الحبس لمدة تزيد على الثلاث سنوات.

ولا ينفصل عن هذا ما تقرره م ٤٦٠ أ.ج مصرى من عدم جواز تنفيذ الأحكام الجنائية - بحسب الأصل - إلا إذا صارت نهائية. مع إقتراح أن يؤخذ بما أخذ به القانون الفرنسى - على ما سبق بيانه - بالاعتبار المهنى كاعتبار يؤثر فى تأجيل تنفيذ الحكم بالعقوبة المقيدة للحرية.

ثم إن القانون الجنائى يزخر باليات خاصة بتنفيذ العقوبة من شأنها إذا أحسن إستخدامها أن تحفظ على العامل المحكوم عليه وظيفته وتجنبه الآثار السلبية للعقوبة المقيدة للحرية (خاصة قصيرة المدة).

فى هذا الإطار نشير للمادة ٤٧٩ أ.ج مصرى التى تسمح لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب بدلا من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن، وفقا لما تقرره م ٥٢٠ أ.ج وما بعدها، ما لم ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار.

وفى هذا الخصوص تقرر م ٥٢١ أ.ج يشتغل المحكوم عليه فى هذا العمل^(٢٩) بلا مقابل لأحد جهات الحكومة أو البلدية مدة من الزمن مساوية لمدة الإكراه التى كان يجب التنفيذ عليه بها، ...، ولا يجوز تشغيل المحكوم خارج المدينة الساكن بها أو المركز التابع له. ويراعى فى العمل

(٢٩) مع ملاحظة أن العمل بلا مقابل لدى جهات الحكومة أو البلديات يعرفه القانون المصرى أصلا باعتباره بدلا عن الإكراه البدنى المقرر لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة، على عكس القانون الفرنسى الذى يعرفه - على ما بينا كجزء أصلى مستقل (م ٥٢٠ - ٥٢١ أ.ج مصرى).

الذى يعرض عليه يوميا أن يكون قادرا على إتمامه في ظرف ست ساعات بحسب حالة بنيته.

وهذا يقابل في القانون الفرنسى نظام تنفيذ العقوبة المقيدة للحرية فى وسط نصف حر (Semi - Liberté)

حيث تقرر م ١/٧٢٣ أ.ج فرنسى أنه حيث يقضى بعقوبة مقيدة للحرية بحد أقصى ستة أشهر فإنه يمكن للمحكمة أن تقرر أن يتم تنفيذها فى - وسط نصف حر - م ٢/٧٢٣ أ.ج (٣٠) فرنسى إستجابة لإعتبار المحافظة على النشاط المهنى للمحكوم عليه، أو انتظامه الدراسى أو فى برنامج التدريب المهنى المتحقق به أو بما لا يوق دوره التدريبية أو وظيفته المؤقتة بما يخدم إعادة تأهيله الاجتماعى أو بما لا يعرقل دوره الأساسى فى إعالة أسرته أو بما لا يعرقل برنامجه العلاجى.

كما قد يساهم فى الحفاظ للعامل المحكوم عليه على وظيفته، نظام الإفراج الشرطى (م ٥٢ من قانون تنظيم السجون المصرى) والذى يسمح بالإفراج تحت شرط عن كل محكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية إذا امضى فى السجن ثلاثة أرباع من: العقوبة - بما لا يقل عن تسعة أشهر (٣١) - وكان سلوكه فى السجن يدعو إلى الثقة بتقويم نفسه.

(٣٠) أنظر ما تقرر م ٢/٧٢٣ أ.ج فرنسى من سحب الترخيص بتنفيذ العقوبة فى وسط نصف حر فى حالة مخالفة المحكوم عليه لالتزاماته وأنظر إحالة م ١٢٨ من القرار الاتحى المنظم "نظام الوسط الحر" إلى م ٥٣٦ فى النظام الاتحى المنظمة للإفراج الشرطى.

V. C.P.P. éd. litec 1990, P. 587; P. 655.

(٣١) أما إذا كانت العقوبات المقضى بها هى الأشغال الشاقة المؤبدة فلا يجوز الإفراج الشرطى عنه قبل إنقضاء ٢٠ سنة على الأكل فى السجن.

ولقد شرط قرار وزير العدل الصادر في ١١/١/١٩٥٨ للاستفادة بهذا النظام إضافة إلى حسن سيره وسلوكه وعدم اتصاله بذوى السيرة السيئة إلى أن يسعي بصفة جدية للتعيش من عمل مشروع. وهو ما نعتبره أخذاً بالاعتبار المهنى كعنصر مؤثر للاستفادة بهذا النظام.

هذا النظام يعرفه القانون الفرنسي تحت اسم *Libération Conditionnelle* (م ٧٢٩ أ.ج. فرنسي) (٣٦) وقد نظمت م ٣/٥٣٦ من القرار اللاتجس لقانون الاجراءات الجنائية الشروط التفصيلية للاستفادة بهذا النظام (٣٧).

ومن هذه الأليات في إطار القانون الجنائي تشير إلى ما يقرره القانون الفرنسي من أن التقدم لصاحب العمل الاحتمالي بحثاً عن وظيفة يعد سبباً للحصول على إذن بالخروج لمدة واحدة أو لأكثر من مرة بما لا يتجاوز يوماً واحداً في كل مرة وذلك بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة خمس سنوات كحد أقصى أو بالنسبة لمن قضى عليهم بأكثر من ذلك في حالة قضاء هذه الفئة الأخيرة نصف المدة. وذلك في خصوص المحكوم عليهم المرشحين للتمتع بنظام الإفراج الشرطي أو بنظام العمل في وسط

^{٣٦} انظر د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - ص ٧٢٣.
(٣٧) الحد الأدنى للمدة التي لا بد أن يقضيها المحكوم عليه في السجن هي نصف المدة ما لم يكن عاقداً فتكون ثلثي المدة وفي حالة الأشغال الشاقة المؤبدة تكون بحد أدنى ١٥ سنة.

(٣٨) أما المادة ٣/٥٣٦ - لاحية - فتشترط استيفاء طالب الاستفادة من نظام الإفراج الشرطي واحداً أو بعض الشروط المقررة بهذا النص ومنها: - اجتياز دورة تدريبية أو مهنية. وهو ما نلاحظ فيه الاستدلال من اجتياز هذه الدورة على النية المؤكدة في إبتداء حياة ملتزمة والإرتقاء بعمل شريف.

نصف حر أو أولئك الذين أقرب ميضاد الإفراج عنهم لقضائهم العقوبة
المقررة عليهم (D. 143 C.P.P. Fr.)

في ختام عرض آليات القانون الجنائي التي تساهم في الحفاظ على
الحياة الوظيفية للعامل أو في الأكل لا تعرقها، تشير إلى المدة القصيرة
التي لا يجوز أن تتخطاها زمنيا إجراءات التحفظ على شخص المتهم^(٣٤)
أنشاء إجراءات الاستدلال وكذا مدة القبض^(٣٥) وكذلك تدعيم الحصص
الاحتياطي بضمانات (م ١٣٤ أ.ج - م ١٤٣ أ.ج). سواء من حيث السلطة

(٣٤) أنظر م ٤١ من الدستور المصري ١٩٧١ "... وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز
التبقي على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل
إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من
القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقا لأحكام القانون. ويحدد القانون مدة
الحبس الاحتياطي - م ٣٤ أ.ج مصري لمأمور الضبط في أحوال التلبس ...
أن يأمر بالقبض ... - م ٣٥ أ.ج مصري في غير حالة التلبس إذا وجدت
دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جريمة أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد
شديد أو مقاومة رجال السلطة العامة بالقوة أو بالعنف، جاز لمأمور الضبط
القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وأن يطلب فوراً من النيابة
للعامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه، والمقصود بالأدلة الكافية التي تسمح بإتخاذ
إجراء التحفظ على شخص المتهم، garde a vue - الأدلة المعقولة التي تحمل
على الاعتقاد بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم، أنظر د. أحمد فتحى سرور -
الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - ص ٥٨٢.

ويستفاد من نص م ٣٦ أ.ج مصري أن مدة التحفظ لا يجوز أن تزيد إلى
٢٤ ساعة. ومن الجدير أن هذه المدة في فرنسا هي ٢٤ ساعة مع إمكان
امتدادها إلى ٢٤ ساعة أخرى بإذن النيابة العامة (م ٧٧ أ.ج فرنسي) - وهي في
هولندا لمدة ٣ ساعات وفي الأكوادور ٣ أيام - في شيلي والبرتغال (٥ أيام)
وفي كوريا وفي بيرو لمدة ١٠ أيام وفي بلغاريا وسيرلانكا لمدة أسبوعين. أنظر
د. أحمد فتحى سرور ص ٥٨٥.

(٣٥) يتضح من م ٣٦ أ.ج - م ١٣١ أ.ج مصري أن مدة القبض لا يجوز أن تزيد على
٢٤ ساعة. بحيث إذا لم يتم استجوابه من سلطة التحقيق خلال هذه المدة وجب
إخلاء سبيله. د. أحمد فتحى سرور - المرجع السابق - ص ٧٤٩.

المختصة بإصداره (٣٧) سواء من حيث نطاقه الموضوعي بحيث لا بد أن يتعلق بجناية أو جنحة معاقبا عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر بحسب الأصل (٣٨) (م ١٣٤ أ.ج) سواء من حيث علة الاتحاج إليه والتمثلة أساسا في مصلحة التحقيق للحفاظ على أدلة الاتهام من أن يؤثر عليها الإفراج عن المتهم (٣٩)، على أن يثبت لدى المحقق أن ثمة دلائل كافية تشير إلى نسبة الجريمة إلى المتهم.

سواء من حيث مدته حيث تبني القانون المصري الاتجاه الذي يضع له حدا أقصى. ولقد حدده بعد أقصى لا يجوز أن يزيد على ستة أشهر (م ١٤٢ مصرى أ.ج) ما لم يكن المتهم قد أعلن بإحاليته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة. فإذا كانت التهمة المنسوبة إليه جنائية فلا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطي على ستة شهور إلا بعد الحصول قبل انقضائها على أمر من المحكمة المختصة بمد الحبس مدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى معادلة. وإلا وجب الإفراج عن المتهم في جميع الأحوال.

علما بأن الأمر بالحبس الاحتياطي لا يصدر بمدة الستة أشهر دفعة واحدة بل بمدد قصيرة يجوز تجديدها من القاضي الجزئي (٣٩). كما يعيننا في

(٣٦) في جميع الأموال ليس لمأمور الضبط القضائي إصدار الأمر بالحبس الاحتياطي - وانحصاره في سلطة التحقيق (م ١٣٤ - م ١٣٦).

(٣٧) ما لم تكن الجريمة جنحة معاقبا عليها بالحبس ولم يكن للمتهم محل إقامة ثابت بمصر (م ١٣٤/٢ أ.ج مصرى).

(٣٨) سواء بتضييع الامارات المالية أو الضغط على الشهود.

(٣٩) لولا: الأمر بالحبس المبادر مد النيابة العامة لا يكون نافذ المفعول الا لمدة الأربعة أيام (م ٢٠١ أ.ج مصرى). ما لم يكن قاضي التحقيق هو الذي يتولى

هذا المقام الإشارة، الإفراج الوجوبى عن المتهم المحبوس احتياطيا: سواء حيث يكون قد بلغت مدة الحبس الاحتياطى مدة ستة شهور ، دون أن يعلن المتهم بإحالاته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة، أو لم يصدر أمر من المحكمة المختصة (جناية) بمد الحبس الاحتياطى.

سواء إذا اصدرت سلطة التحقيق أمرا بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية (م ٢/١٥٤ أ.ج). سواء. فى خصوص المتهم فى جثة حدها الأقصى لا يتجاوز سنة، إذا كان له محل إقامة معروف فى مصر ولم يكن عائدا ولم يسبق الحكم عليه بالحبس أكثر من سنة وكان قد مضى ثمانية أيام من تاريخ استجوابه (٤٠) (م ١٤٢ أ.ج) ذلك بجانب مكنة الإفراج الجوازى عنه بكفالة أو بدون (م ١٤٥ أ.ج) على شرط أن يتعهد المتهم

= التحقيق فإن له أن يصدر أمرا بالحبس الاحتياطى لمدة خمسة عشر يوما (م ١٤٢ أ.ج).

ثانيا: إذا رأت النيابة العامة مد الحبس الاحتياطى وجب عليها قبل لقضاء مدة الأربعة أيام أن تعرض الأوراق على القاضى الجزئى ليصدر أمرا إما براه. وللقاضى أن يمدد الحبس الاحتياطى لمدة أو لمدد متعاقبة بحيث لا يزيد مجموع الحبس على خمسة وأربعين يوما (م ٢٠٢ أ.ج مصرى).

ثالثا: إذا لم ينته التحقيق بعد استنفاد مدد الحبس الاحتياطى التى خولها القانون للقاضى الجزئى، ورأت النيابة العامة مد هذا الحبس، فإنه يجب عليها عرض الأوراق على محكمة الجنح المستأنفة منعقدة بغرفة مشورة لتصدر أمرها. ولها أن تصدر أمرها بمد الحبس مددا متعاقبة لا تزيد كل منها على خمسة وأربعين يوما إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك (م ٢٠٣ أ.ج - م ١٤٣ أ.ج).

رابعا: إذا انتهى التحقيق وأحيل المتهم محبوسا احتياطيا إلى المحكمة، فإن حبسه احتياطيا يمتد بقوة القانون حتى تقرر الجهة المحال إليها المتهم الإفراج عنه. (م ١٥١ م ١٤٣). وكذلك الأمر فى خصوص حبسه إذا قدم للمحاكمة وهو مفرج عنه - يكون من شأن الجهة المحال إليها (م ١٥١ أ.ج).

(٤٠) أرجع د. أحمد فتحى سرور ص ٧٦٨. تظل هذه الحالة ضمن حالات الإفراج الوجوبى لو أحيل المتهم للمحكمة المختصة قبل مضى ثمانية أيام من تاريخ استجوابه.

بالحضور كلما طلب وبالإيفاء من تنفيذ الحكم الذى يمكن أن يصدر ضده (م)
(١٤٤).

ومن الجدير بالذكر أن القانون الفرنسى أعطى الخيار لسلطة التحقيق بين نظام الرقابة القضائية أو نظام الحبس الاحتياطى حسبما يراه ملائماً لمصلحة التحقيق. بحيث لا يلجأ لنظام الحبس الاحتياطى إلا إذا قدر عدم مناسبة نظام الرقابة القضائية أو يرجع إليه فى حالة مخالفة المتهم للالتزامات الرقابية القضائية المفروضة عليه^(١١).

ولا شك أن نظام الرقابة القضائية يكفل للمتهم حريته الى حين تقديمه للمحاكمة بما لا يمنعه من مباشرة مهنته ووظيفته.

بعد إذ عرضنا لأليات القانون الجنائى التى تحفظ للعامل حياته المهنية رغم الجريمة المنسوبة إليه، فإتينا نعرض لأليات قانون العمل والقانون المدنى التى تحفظ له حياته المهنية من العراقيل التى قد تمنعه من أداء عمله سواء فى مرحلة الاستدلالات أو التحقيق والاثهام أو التقديم للمحاكمة أو الإدانة حيث يتعلق الأمر بجريمة لا تعد بذاتها مبرراً للإتهام أو القسح^(١٢).

(٤١) أنظر المولود ١٣٧ - إلى م ٢/١٤١ أ.ج فرنسى أنظر خاصة م ١٣٨ - م ٢/١٤١.

- أنظر م ٣/٥ من الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان وحياته الأساسية كل من حبس احتياطياً على ذمة التحقيق له الحق فى أن يحاكم خلال مدة معقولة أو أن يفرج عنه خلال اجراءات التحقيق والمحاكمة.

V. Rev dr Penal dec 89 P. 13 N. 82.

(٤٢) وهى على ما قدمنا ما يخرج عن نطاق الجرائم الموصوفة بالمادتين ٦١ ، ٦٧ عمل ولم يثبت لها القضاء وصف الخطأ التأديبى المبرر للإتهام. أى ما يتخلف عنها وصف الخطأ التأديبى سواء المفترض تشريعياً سواء المعتبر قضائياً.

ففي شأن ما يتعرض له العامل، بسبب الجريمة المنسوبة إليه، من التحفظ على شخصه *garde - à - vue* والقبض عليه لضرورات جمع الاستدلالات. فإنه من الناحية العملية، وهي لمدد قصيرة^(٤٣)، غالباً ما يستطيع العامل إخفائها عن رب العمل، خاصة إذا لم يعقبها حبس احتياطي.

وتمثل الأجازة العارضة أسهل الوسائل القانونية لتغطية التغيب خلال هذه الفترة.

فالأجازة العارضة له أن يستخدمها لمدة ٣ أيام خلال السنة سواء دفعة واحدة أو على دفعات على أن تخصم من أجازته السنوية^(٤٤).

ويظهر من صياغة م ٤٤ عمل حق العامل في الانقطاع عن العمل لمدة السالفة دون إذن مسبق من صاحب العمل بإعتبار أنها إنما شرعت لمواجهة ظرف أو حاجة عرضت وطرأت للعامل ولم تكن معلومة له قبل قيامه بالأجازة.

ونرى أن من حق العامل أن يحتفظ لنفسه بسبب الأجازة العارضة دون أن يكون مطالباً بتعريفها لصاحب العمل حتى بعد عودته للعمل، كما نرى أنه لا يشترط لشرعيتها أن يتوافر لها أوصاف القوة القاهرة. ذلك أن النص اكتفى بوصف سبب الأجازة بأنه عارض أو طارئ يغير أن يرفعها

(٤٣) في مصر التحفظ لا يزيد منه على ٢٤ ساعة وكذلك القبض. انظر ما سبق في آليات القانون الجنائي.

(٤٤) م ٤٤ عمل للعامل أن ينقطع عن العمل لسبب عارض لمدة لا تتجاوز ثلاثة أيام خلال السنة وتحتسب الأجازة العارضة من الأجازة السنوية المقررة للعامل.

لمصاف القوة القاهرة، تاركا للعامل - في حدود هذه المدة القصيرة - تقدير حاجته لإستخدامها دون تعقيب أو توقفا على تقدير صاحب العمل^(٤٥). ودلينا على ذلك أن المشرع لم يعتبرها تطبيقا تشريعا لوقف العقد - وبالتالي لا داعى لتطلب أوصاف القوة القاهرة المؤقتة فى سببها، بل اعتبرها جزءا من الاجازة السنوية. ومعلوم أن الحق فى هذه الأخيرة يقوم على اعتبارات اجتماعية. وإنسانية ونتيجة من نتائج اتصال العمل - كالترام - بشخص العامل والحاجة إلى تجديد قدراته الجسمانية وهو ما لا علاقة له باعتبارات وقف العقد.

إلا أن التحفظ على شخص العامل يمثل مشكلة له، إذا كان قد استنفذ كل أو بعض أجازته العارضة. عنخذ الأمر لا يخرج عن فرضين:

الفرض الأول: أن يتغيب خلال فترة التحفظ دون أن ينبأ صاحب العمل بسبب تغيبه، مؤثرا تحمل الجزاء التأديبي المنتظر لتغيبه، بغير عذر مشروع^(٤٦) وبغير إعتراض من جانب، على إيلاعه عن سبب تغيبه تجنباً لإثارة الشبهات حوله.

(٤٥) على خلاف مواعيد الاجازة الاعتيادية التى أناط المشرع بحسب الأصل بصاحب العمل سلطة تحديد مواعيدها بحسب مقتضيات العمل وظروفه (م ٤٥ عمل) أنظر على العكس د. محمود جمال الدين زكى - قانون العمل - ط ٣ - ١٩٨٣ ص ٥٠٨ الذى يرى أن تقرير الحق فى الاجازة العارضة بنص القانون لا يعنى العامل من وجوب استئذان صاحب العمل، وخضوع استعماله لضرورات سير العمل، إلا إذا بلغت، مبلغ القوة القاهرة، التى تعفى العامل من الحصول على الإذن، أو تجيز له الغياب رغم رفضه.

(٤٦) وهو جزاء سيكون بالضرورة أقل من الفصل، حيث أنه وفقا للمادة ٤/٦١ عمل لا يمثل الغياب بغير سبب مشروع مبررا للفصل إلا إذا تجاوز أكثر من عشرة أيام متوالية خلال السنة أو أكثر من عشرين يوما متقطعة.

الفرض الثاني: أن يعلن العامل عن سبب تغيبه فور تحقق سببه^(٤٧)

وينازع صاحب العمل في مؤاخذته عن هذا التغيب، حيث يعتبره هذا الأخير تغيباً بغیر عذر مشروع، وتمسكاً باعتبار عقده موقوفاً خلال هذه الفترة، على اعتبار أن التحفظ أو القبض عليه يمثل بالنسبة له قوة قاهرة لا تنسب إليه في ذاتها أو في سببها، ذلك أن التحفظ الذي لا يكون إلا في حالة التلبس أو في حالة توافر دلائل كافية على الاتهام^(٤٨) لا يجزم بمسئوليته عما يسأل عنه خلال التحفظ عليه حيث يظل في هذه المرحلة مجرد شاهد قبل توجيه الاتهام إليه أضف إلى أن إجراء التحفظ لا ينفي عنه قرينة البراءة. كما أن هذه القوة القاهرة - التحفظ - لا يمكن دفعها ولا يمكن توقعها من جانب، أضف إلى طبيعتها المؤقتة - بالنظر لقصر مدتها على ما أشرنا من قبل لمدة التحفظ أو القبض - التي لا يضيع بسببها الغرض المقصود من العقد ويظل تنفيذ العقد مجدياً بعد زوالها ولا تظهر معها الحاجة إلى إحلال العامل بأخر خلال فترة تغيبه.

(٤٧) أنظر م ٣ من القانون رقم ١٧/١٩٨٣ بشأن إصدار قانون المحاماة الذي يقرر أنه يعد من أعمال المحاماة: للحضور عن ذوى الشأن أمام المحاكم وهيئات التحكيم والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي وجهات التحقيق الجنائي والإداري وبناتر الشرطة بما يستفاد منه أن من حق المتحفظ على شخصه في مرحلة جمع الاستدلالات - وإن لم يوجه له اتهام محدد بعد - أن يحضر معه محامى أثناء سؤال رجل الضبط القضائي له. - أنظر قانون مقارن مشار إليه في د. أحمد فتحي/ الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - ص ٥٨٧ - بما يجعل إتصال العامل المتحفظ عليه بمحاميه وإبتكالي إيصال سبب تخلفه عن العمل لصاحب العمل غير مستحيل عليه.

(٤٨) فقد يتبين رغم التلبس أو الدلائل الكافية وجود سبب من أسباب الإباحة، أو قد تقدر المحكمة عدم جدية دلائل الاتهام.

لكل هذا يحق في رأينا للعامل التمسك بإعتبار عقده موقوفاً خلال الفترة التي يستغرقها التحفظ أو القبض على شخصه^(٤٩).

أما حيث يتعرض العامل للحبس الاحتياطي، فإنه من الجدير بالذكر أن نظام الوقف الاحتياطي - م ٦٧ عمل - لا يخدم العامل في هذا المقام ولا يستطيع أن يتمسك بتطبيقه عليه، باعتباره من ناحية - مقصور الإلتجاء إليه على الجرائم التي أفترض في شأنها المشرع الخطأ التأديبي المبرر لانتهاء أو الفسخ، دون غيرها من الجرائم، وهو ما تؤيده على إعتبار أن الحكمة منه تتمثل في استبعاد العامل مؤقتاً من نطاق العمل الفعلي داخل المشروع، مع بقاء عقده موقوفاً - إلى حين تبين نتيجة التحقيق أو المحاكمة معه، فيما إذا ثبت نسبته إليه أعتبر مبرراً كافياً لانتهاء عقده. وبالتالي فبقائه على رأس العمل الفعلي، مع إحتمال ثبوت تورطه في هذه النوعية من الجرائم يتعارض مع حسن سير العمل داخل المشروع والثقة الواجبة في العمال. يبينت في الفئة الأخرى من الجرائم، التي لا تعد بذاتها مثارا للمسئولية التأديبية^(٥٠)، فإن بقاء العامل على رأس العمل الفعلي إلى حين صدور الحكم الجنائي، لا يمثل إخلالاً بحسن سير العمل أو خطورة عليه، وبالتالي لا داعي لنظام الوقف الاحتياطي في هذه الحالة.

من ناحية أخرى: لأن الإلتجاء لنظام الوقف الاحتياطي جوازي لرب العمل بغير رقابة أو تعقيب عليه.

(٤٩) أنظر في تأييد هذا الرأي Michel Roger - Op.Cit., P. 182 No. 35.

د. محمد لبيب شنب - شرح قانون العمل - ط ٢ - ص ٢٤٤.

(٥٠) مع التسليم بإحتمال تحقق الخطأ التأديبي في غير صور الجريمة المحددة بلاحة ٦٧ عمل لأن الخطأ التأديبي صوره غير محددة على سبيل الحصر.

فى خارج نظام الوقف الاحتياطى حيث لا يلجأ إليه صاحب العمل فى شأن الجرائم المفترض فى شأنها، الخطأ التأديبى وفى شأن غيرها من الجرائم، نرى أن نميز بين فرضين:

الفرض الأول: حيث يفرج عن العامل المحبوس احتياطيا، سواء لإفراجا وجوبيا أو جواريا قبل إكمال مدة الغياب المعتبرة من جانب المشرع فى حالة كونها بغير سبب مشروع - مبررا لانتهاء خدمة العامل^(٥١).

فى هذا الفرض، قد يؤثر العامل أيضا عدم إبلاغ رب العمل بسبب تغييبه، متحملا الجزاء التأديبى الذى قد يوقعه عليه^(٥٢).
إلا أننا نرى، أن القواعد العامة للوقف تنطبق فى هذا الفرض على ذات النحو ولذات الأساس الذى أشرنا إليه فى خصوص التحفظ والتبض على العامل، وذلك بشرط أن يبلغ صاحب العمل بسبب تغييبه فور تمكنه من ذلك^(٥٣).

(٥١) م ٤/٦١ أكثر من عشرة أيام متوالية.
(٥٢) وهو بالضرورة أقل من الفصل، لأن تغييبه كان لمدة أقل مما اعتبرته م ٤/٦١ خطأ مبررا للفصل بل إن العامل خشيّة من أن يؤخذ بالشبهات قد يقدم عنرا مكنوبا (مرضيا أو إجتماعيا) وهو ما اعتبرته بعض الأحكام فى ذاته - الكذب - مبررا لانتهاء المشروع.

V 1er dec. 1960.

Cité in Michel Roger P. 182 Note 72.

فى رأينا يعتبر كذب العامل مغفورا لخشيته المبررة من موقف رب العامل، والعبرة فى معاملته بالواقع.

(٥٣) وفقا لقواعد الاجراءات الجنائية لا يستحيل عليه ذلك، إذ يكون للمحبوس احتياطيا حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع والاستعانة بمحام (م ١٣٩ أ.ج).

الفرض الثاني: حيث يمتد الحبس الاحتياطي^(٥٤) لمدة الغياب التي تبرر (م ٤/٦١ عمل) فصل العامل. أى الأكثر من عشرة أيام. فلئنا نرى أنه فى غياب نص تشريعى خاص^(٥٥) لابد من تطبيق القواعد العامة فى الوقف. والتي مؤداها وقف العقد عن ترتيب آثاره التعاقدية المتبادلة خلال الفترة المؤقتة التى إستحال فيها تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه نتيجة قوة قاهرة لا يمكن دفعها أو توقعها من جانب مع بقاء ارتباطه بالمشروع.

وإذا كنا قد أشرنا فيما سبق إلى أن الحبس الاحتياطي يمثل بالنسبة للعامل قوة قاهرة لا تنسب إليه فى ذاتها أو فى سببها - بما يجعل إستحالة أدائه للعمل غير منسوب لخطأ - أضف إلى أنها لا يمكن دفعها أو توقعها. فإن أثرها الموقوف على طبيعتها المؤقتة، لأنه إذا ثبت أنها ذات طبيعة نهائية فإن القانون يوجب انقضاء العقد الذى إستحال نهائيا تنفيذ التزاماته على أحد طرفيه.

(٥٤) وبأخذ حكم الحبس الاحتياطي الحبس القضائي بحكم غير نهائى بإعتبار أنه حكم غير حائز الحجية وأنه لم تستقر به الأوضاع بصفة نهائية. بحيث يقطع بسببة الجريمة للعامل - أنظر التفسير التشريعى رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ للقانون ٦٤/٤٦ بإصدار قانون العاملين المدنيين بالدولة.

(٥٥) أنظر م ٨٤ من القانون رقم ٧٨/٤٧ عاملين مدنيين بالدولة كل عامل يحبس احتياطيا أو ... يوقف بقوة القانون عن عمله مدة حبسه ويوقف صرف نصف أجره فى حالة حبسه احتياطيا ... ويعرض الأمر عند عودة العامل إلى عمله على السلطة المختصة للتقرير ما يتبع فى شأن مسؤولية العامل للتأديبية فإذا اتضح عدم مسؤوليته صرف له أجره الموقوف صرفه. فكان المشرع وضع قرينة قطعية مقتضاها أن الحبس الاحتياطي أيا كانت مدته يعتبر قوة قاهرة مؤقتة تون تعليق ذلك على الأثر الفعلى لمدة الحبس على الحاجة لإحلال العامل المحبوس بغيره.

ويقصد بالطبيعة المؤقتة للقوة القاهرة إلا تظهر معها الحاجة الى إحلال المحبوس بآخر، وبحيث لا يترتب على وقف العقد تضییع الغرض المقصود من العقد بحيث يظل انتظار تنفيذه مجديا بحسب النية المشتركة لطرفيه^(٥٦).

تقدير هذه الطبيعة المؤقتة للحبس الاحتياطي إما أن يكون محل تقدير بحسب كل حالة على حدة - معيار مرّن - بالنظر لتقدير العلاقة بين مدة الحبس الاحتياطي والحاجة الى إحلال العامل المحبوس بغيره، أخذين في الاعتبار طبيعة الوظيفة التي يشغلها العامل وما إذا كانت ثانوية أو رئيسية أو ما إذا كانت مادية أو تحتاج على العكس لتخصص دقيق وخبرة صعب استعاضها كما ينظر لعدد العمال البدلاء في المشروع ولا بأس من الأخذ في الاعتبار بالقدمية العامل وسجله، أضف إلى مدى إمكانية سد الفراغ عن طريق وسائل الإحلال المؤقت بنظام العمل المؤقت أو عقود العمل المحدد المدة.

وإما أن يؤخذ في تقدير الطبيعة المؤقتة بمعيار جامد نسبي على سبيل القياس على م ٥٠ عمل في شأن المرض، التي اعتبرت أن مدة الـ ١٨٠ يوما تعتبر مدة قصيرة ذو طبيعة مؤقتة لا يتعرقل معها سير العمل نتيجة غياب العامل^(٥٧). على أن يسمح لرب العمل أن يثبت الحاجة الملحة

(٥٦) أنظر Michel Roger Op.Cit.,

(٥٧) م ٨٤ عاملين مدنيين بالدولة. قرينة كاطعة على أن الحبس الاحتياطي دائما ذو طبيعة مؤقتة أيا كانت مدته. أنظر يأخذ بهذا للرأى Michel Royer .

لأحلال العامل المحبوس بغيره - خاصة وظائف الإدارة العليا - تحت تقدير القضاء لما يقدمه لرب العمل. فإذا تحقق هذا الوصف كان للعامل (٥٨) أن يتمسك بإعتبار عقده موقوفاً خلال فترة الحبس الاحتياطي، ذلك بشرط أن يخبر العامل صاحب العمل، بسبب تغيبه قبل أن يصدر من هذا الأخير إنهاء للعقد وإلا اعتبر إنهاء مشروعاً (٥٩). من جانبنا، في غياب نص خاص ينظم هذا الإبلاغ، نرى أن مدة الإبلاغ لا يجوز أن تتجاوز مدة العشرة أيام المعتبرة مبرراً للفصل، خاصة حيث يقوم رب العامل بإذارة العامل وفقاً للمادة ٤/٦١ عمل بعد انقطاعه بخمسة أيام (٦٠).

- في نفس المعنى في خصوص أثر الاعتقال نقض جلسة ١٩٧٧/٣/٦ م.ف. م. ٢٨ - منى - ص ١١٢ حيث اعتبر له طبيعة القوة القاهرة المؤقتة التي ترتب وقف العقد مع استحقاق العامل لأجرة بإعتباره العماد الأساسي لمعيشته. (٥٨) يقع عليه عبء اثبات أوصاف القوة القاهرة المؤقتة للعقد، لأنه هو الذي يتمسك بها. (٥٩) بعض الاتفاقيات الجماعية تحدد للعامل مدة يتعين خلالها إبلاغ صاحب العمل فيها بسبب تغيبه ولا اعتبر الإنهاء منسوب إليه.

V. Convention nationale de l'habillement et de la nouveauté au détail de la région parisienne in Michel Roger Op.Cit., P. 182. Note 76; soc. 3 nov. 77 D. 78 I.R. 28 pour un mineur dont le statut imposait de justifier l'absence dans les six jours; dans une hypothèse où le travail n'a pas été repris par le salarié à la fin de la détention.

في نفس المعنى نقض جلسة ٨٣/٤/١١ طعن ٤٨٠ لسنة ٣٩ ق. اعتقال العامل، قوة القاهرة أثرها وقف العقد مؤقتاً دون إنهائه. والقضاء برفض دعوى الفصل التعسفي استناداً إلى أن اعتقال العامل وانقطاعه عن العمل مرجعه تصرفات العامل نفسه. خطأ في القانون، فتوى ج.ع. للقسم الاستشاري بمجلس الدولة في ١٠/٤/١٩٥٦ مشار إليها في محمد حامد الجمل - الموظف العام فقها وقضاء - سنة ٦٩ ص ١٤٤٩.

V. Soc. 25 Janvi 1980 D. 1981 inf. rap. (٦٠)
Somm. Commentés - ; Dr. Ouvrier Mai, 1981 - P. 188 note Marc Richeveaux.

أما عن أثر الوقف على آثار عقد العمل. فإنه وفقا للقواعد العامة للوقف، فإن آثار العقد تظل في حالة سكون بحيث تتجمد الالتزامات الرئيسية المتبادلة لطرفيه.

وكان مقتضى ذلك أنه في مقابل سقوط التزام العامل بإداء العمل نتيجة القوة القاهرة المؤقتة التي عرضت له أن يسقط التزام صاحب العمل بدفع الأجر، تطبيقا لفكرة تقابل الالتزامات وارتباطها وإعتبار أحدها سببا للآخر.

إلا أن حكم النقض السابق الإشارة إليه^(١١) قرر التزام صاحب العمل بالأجر كاملا طيلة فترة الوقف للعامل إستنادا للإعتبار الاجتماعي للأجر. ذلك ولقد تعرض القانون المدني في م ٦٩٢ للحالة التي يتقدم فيها للعمل ولا يمنعه منه إلا سبب راجع لرب العمل، وعند ذلك يكون له حق في أجر ذلك اليوم.

هذا النص يقرر للعامل حق في الأجر الكامل حيث يرجع سبب عدم تقديم العمل له سواء لخطأ رب العمل شأن عدم توفير المواد الأولية،

أو لا يمثل مبررا حقيقيا ومشروعا للفصل، إنقطاع العامل عن عمله لمدة قصيرة (٥ أيام تمخضت عن ٣ أيام عمل) حبس خلالها إحتياطيا لعمله سلاح بغير ترخيص. خاصة أن هذا العامل ذو سجل ناصع ومبارع بإبلاغ رب العمل عن سبب تغيبه ثم إن الجريمة التي اتهم فيها وصدر في شأنها من بعد حكما بالادانة مع وقف التنفيذ، تمت خارج المشروع ولا تتعارض مع مقتضيات الوظيفة ولا تمثل ضرورا على المشروع كما أن بقاء العامل داخل المشروع رغم دافئته لا يمثل تهديدا لأمن العمالة^(١٢).

وهذا هو مقتضى القواعد العامة، سواء لرب العمل وإن لم يكن بخطأه شأن انفجار في مصنعه أو عطل في آلاته. أما ماله وصف القوة القاهرة شأن انقطاع الكهرباء أو الماء اللازمين لأداء العمل فيخرج عن نطاق النص ويخضع للقواعد العامة في عدم تحمل صاحب العمل بأى أجر، على اعتبار أن عدم تقديمه للعمل لا يرجع إليه وإنما يرجع لقوة القاهرة.

كان مقتضى ذلك تطبيق نفس المبدأ في شأن العامل حيث يتمتع على العامل بدوره تقديم العمل بقوة القاهرة، إلا أن المشرع قرر حكماً خاصاً فى م ٢/٣٦ "أما إذا حضر - العامل - وحالت بينه وبين مباشرة عمله أسباب قهرية خارجة عن إرادة صاحب العمل أستحق نصف أجره" بما مقتضاه التزام صاحب العمل بأداء نصف الأجر للعامل، رغم أن عدم تقديم العمل للعامل راجع للقوة القاهرة. وهذا ما نستند إليه على سبيل القياس للقول بأحقية العامل، الذى حال بينه وبين أداء عمله قوة القاهرة مؤقتة، فى نصف الأجر (١٣).

أما إذا اعتبر الحيس الاحتياطى بالنظر لمدته (١٢) قد تجاوزت طبيعته الطبيعية المؤقتة للقوة القاهرة كسبب للوقف، الى أن يكون سبباً نهائياً يحول

(١٢) فى نفس المعنى .. حسام الأهوانى ص ٣٤٢ "العدالة تستوجب القول بأن م ٢/٣٦ قد جعلت من إعطاء العامل نصف الأجر مبدأ واجب الأعمال فى حالة القوة القاهرة سواء منعت تلك القوة العامل أو صاحب العمل". وهو ما يصدق على هذه الحالة وحالة الوقف خلال فترة القبض والتحفظ على شخص العامل.

(١٣) سواء بالنظر للمعيار المرن أو بالنظر للمعيار الجامد السابق الإشارة إليه كما إذا قدم العامل المتهم للمحاكمة محبوساً احتياطياً وقررت هذه الجهة مد حبسه احتياطياً الى ما تجاوز فترة الستة أشهر (م ١٤٣/أخيرة أ.ج.).

دون أداء العمل، فإنه يفسخ بقوة القانون بغير حاجة إلى اتباع اجراءات الانهاء المتطلبه قانوناً^(٦٤).

- أما حيث يصدر حكماً بالإدانة في جريمة مما يعد ارتكابها في ذاته مثاراً للمسئولية التأديبية (م ٦١ + ٦٧ عمل) فإن لصاحب العمل الاستناد إليها لانهاء عقد العامل، بغض النظر عن العقوبة المقررة بها وهو ما سنفصله لاحقاً في فصول البحث.

- أما إذا تعلق الأمر بإدانة في جريمة مما لا تعد بذاتها مثاراً للمسئولية التأديبية، فإن أثر الادانة على الحياة المهنية يظهر فيما يترتب عليها من حيولة بين العامل وأداء عمله سواء نتيجة للعقوبة المقيدة للحرية

(٦٤) ولا نرى مبرراً للخروج عن أحكام الانقضاء كما فعل المشرع المصري في شأن المرض الطويل حيث اعتبره مبرراً مشروعاً للانهاء. م ٥٠/أخيرة ولا يجوز لصاحب العمل انهاء خدمة العامل بسبب المرض الا بعد استنفاد المدة المشار إليها. لأن الخروج على القواعد العامة في الانقضاء (م ١٥٩ مدني) يحتاج لنص خاص وهو ما نفتقده في شأن الحبس الاحتياطي المعبر قوة قاهرة نهائية

C. Civ. Fr. art 1147.

V.S. Pelissier le nouveau droit du licenciement - sirey 1977 P. 11 - 14. "distinction entre licenciement et force majeure.

انظر عكس هذا الرأي Michel Roger P. 182 حيث يعبر الحبس الاحتياطي الطويل المدة - بغير اشتراط ظهور حاجة للعمل لإحلال العامل المحبوس بغيره - مبرر للانتهاء.

(قصيرة أو طويلة المدة) سواء نتيجة لما تصدر به نتيجة حرمان من ميزة أو حق ضروريان لممارسة المهنة، شأن سحب الترخيص بالقيادة أو بحمل السلاح أو الترخيص بمزاولة المهنة.

في غياب نص تشريعي خاص، نرى أن هذه الحالة تخرج عن نطاق وقف العقد ولا مجال للتمييز بين ما إذا كان العائق - الذي حال بين العامل وإداء عمله نتيجة الادانة - ذو طبيعة مؤقتة - قصيرة المدة بالنظر لعدم الحاجة إلى الاحلال. وبين ما إذا كان ذو طبيعة نهائية أى طويل المدة بحيث ظهرت معه الحاجة إلى احلال العامل بغيره.

لأن القوة القاهرة سواء النهائية المؤدية لإنتفاس العقد سواء المؤقتة المؤدية إلى وقفه كلاهما لا بد أن تكون أجنبية عن خطأ معام. بينما في حالتنا هذه، فإن استحالة أداء للعمل - نهائيا أو مؤقتا - راجعة لخطأ العامل الثابت بالادانة التي حسمت وقوع الجريمة ونسبتها له، وإن لم تمثل الجريمة المرتكبة في ذاتها خطأ تأديبيا مبررا للفصل، بل ولو كان ارتكابها لا يثير المسؤولية التأديبية للعامل في جميع درجاتها باعتبار أنها لا تتعارض أو تخل بمقتضيات وظيفته أو تضر بالمشروع أو تخل بالنقطة فيه أو فى المشروع^(١٥).

هذا الامتناع عن أداء العمل - بسبب هذه الإذانة - يصلح مبرراً حقيقياً
وجدياً لانهاء من جانب صاحب العمل سواء استناداً للمادة ٤/٦١ عمل سواء
استناداً م ٥/٦١ عمل (٦٦)، م ١/٥٨ عمل*.

ذلك ما لم يتدخل المشرع بنص خاص - وهو ما نقترحه - يقرر فيه
وقف عقد العمل بقوة القانون في حالة الإذانة - في جريمة من الجرائم التي
لا تعد بذاتها مثاراً للمسؤولية التأديبية (٦٧). ذات المدة القصيرة (٦٨) (ونقترح

(٦٦) نفس الرأي د. محمد عبد الخالق عمر - قانون العمل الليبي - ١٩٧٠ - ص ٣٩٥
والأحكام المشار إليها في نفس الموضع هامش ٦ عمال القاهرة ٥٦/١٠/١٤ مشار
إليه في د. اسماعيل غانم - قانون العمل - ص ٤٢٧ هامش ٥ "حبس العامل
تنفيذاً لحكم جنائي لا يعتبر سبباً مشروعاً للغيب فيصح فصله".

انظر اقتراح Michel Roger بأن يكون الانهاء في هذه الحالة إنهاء مؤقتاً مع
أولوية في إعادة التعيين بعد انتهاء فترة العقوبة أو المنع الناتج عن الإذانة بالنظر
لظروف المشروع.

- أنظر مع ذلك أحكام قضاء فرنسي تعتبر الامتناع عن أداء العمل بسبب الإذانة
- سواء طويل أو قصيرة المدة - إنهاء منسوب للعامل.

V. Soc. 30 avril 75 D. 75 I.R. 125; Soc. 22 mai 64 B. IV 423, V.
Marc Richeveaux not in D. ouvrier P. 188 - 192; V. aussi arrêts de
jusprudence cités in Michel Roger - Op. Cit - P. 182 - 183.

V. Soc. 2 mai 73 cah prud'h 73.195.

من جانبها، لا نرى أن يفسر الامتناع عن العمل نتيجة الإذانة على أنه استقالة
ضمنية، لأن هذه لابد أن تكون وسيلة إختيارية إتخذها العامل للتعبير الجازم عن
إرادته من إتخاذ الانقطاع عن العمل وسيلة للتعبير عن الاستقالة. وهو ما يكذبه
الواقع على اعتبار أن انقطاعه عن العمل مفروض عليه بمقتضى الإذانة وليس
إنقطاعاً إختيارياً يقصد به الاستقالة. وفارق بين التعبير عن الإرادة الجازمة
بالاستقالة - بمبرر مشروع أو بغير مبرر - وبين الانهاء الصادر عن رب العمل
لمبرر منسوب للعامل. وليس أكثر دلالة على ذلك من أن قانون العمل المصري
أعتبر الانقطاع عن العمل بغير سبب مشروع خطأ مبرراً لانهاء (م ٤/٦١ عمل)
وفي نفس الوقت اعتبره وسيلة ضمنية للتعبير عن الاستقالة (م ٧/١ ثالث) وأن
الذي يقطع فيما إذا كان العامل يقصد من هذا الانقطاع الاستقالة من عدمه يتبين
عند عرض حالته على اللجنة الثلاثية ومواجهته بهذا الانقطاع فإذا أقر بأنها
استقالة، ينسب الانهاء إليه، وإذا قدم أسباب غير مشروعة لم يقبلها رب العمل
عن تغيبه اعتبر خطأ تأديبياً ونسب الانهاء لرب العمل.

(٦٧) على اعتبار أن نظرية الوقف لا تسعفنا في هذه الحالة لتخلف شرطها على ما بيناه.

الاتريد على ٦ أشهر قياسا على م ٥٠ عمل) - والتي لا يظهر خلالها
 لرب العمل حاجة في احلال العامل بغيره (٢٨). ما لم نفضل عليه معيارا
 جامدا - تلافيا للمشاكل العملية - بمقتضاه يقف عقد العمل خلالها المدة
 القصيرة - ٦ أشهر - ما لم يتعلق الأمر بوظائف الادارة العليا (٢٩). وفي
 الحالتين لا نرى مبررا لأن يصرف للعامل أى أجر خلال فترة الوقف،
 على اعتبار أن الامتناع عن العمل راجع لخطأه، والا كان القول بغير ذلك
 فيه مكافأة للعامل المخطئ وتحميل رب العمل بتبعات وأخطاء العامل (٣٠).

تسويتها بالحبس الاحتياطي السابق الإشارة إليه. فنظر م ٨٤ من قانون العاملين
 المدنيين بالدولة - ٧٨/٤٧ - كل عامل يحبس احتياطيا أو تنفيذا لحكم جنائي يوقف
 بقوة القانون عن عمله مدة حبسه ويوقف بصرف نصف أجره في حالة حبسه
 احتياطيا أو تنفيذا لحكم جنائي غير نهائي. ويحرم من كامل أجره في حالة حبسه
 تنفيذا لحكم جنائي نهائي. ويعرض الأمر عنه عودة: العامل إلى عمله على السلطة
 المختصة لتقرير ما يتبع في شأن مسؤولية العمل التكليفية فإذا تضح عدم مسؤوليته
 صرف له نصف أجره الموقوف صرفه - فنظر في التعليق على النص المقابل في
 قانون العاملين في القطاع العام - الأستاذ احمد شوقي الملاجسي - المرجع السابق
 ص ٦٨١ - ٦٨٢.

(٢٨) وعلى رب العمل أن يثبت هذه الحاجة تحت تدبير القضاء أخذين في الاعتبار
 وسائل الاحلال المؤقت وطبيعة وظيفة العامل.

(٢٩) التي يفترض فيها حاجة العمل للإحلال.

(٣٠) وتشير في هذا المقام إلى أنظهر إجماع الفقه.

رأي أول فنظر: Michel Roger Op.Cit., No 37, Note 84.

وفي نفس الاتجاه د. محمد عمران - شرح قانون العمل - ١٩٧٠ ص ٤٥٢.

د. محمد أنيب شنب - قانون العمل اللبناني ٦٩ ص ٣٣٨، ٣٤١ - ٣٣٤، شرح

قانون العمل - ط ٣ - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية - ص ٤٥٠ - ٤٥١.

حيث يسوى بين الاعتقال والحبس الاحتياطي. والحبس القضائي نتيجة حكم
 إدانة ويميز في الحكم بحسب ما إذا كانت هذه المدة قصيرة فيكون الحكم هو وقف
 العقد وبين ما إذا كان طويل المدة فيكون الحكم هو الانتهاء.

رأي ثان: فنظر د. محمد عماد البربري - رسالة قرار انتهاء عقد العمل -
 ١٩٨١ ص ٥٦ حيث يعتبر الحبس القضائي دائما سبب لفسخ العقد من جانب
 رب العمل.

بينما يميز في حالة الحبس الاحتياطي والاعتقال بحسب مدتهما. فإذا كان طويل
 المدة كان سببا للفسخ من جانب رب العمل.
 وإن كان قصير المدة كان سببا لوقف العقد.

إذا استبعدنا من نطاق بحثنا الجرائم التي لا تعد بذاتها مثارا للمسئولية التأديبية، فإننا نحصر بحثنا لدراسة الآثار السلبية للإجرام^(٧١) - على الحياة المهنية - فيما يعد بذاته مثارا للمسئولية التأديبية من خلال التنظيم القانوني الوارد في المادتين ٦١، ٦٧ عمل (١٩٨١/١٣٧).

وعلى اعتبار أن الآثار السلبية التي تصادف الحياة المهنية في هذا المقام مردها، ما ثبت نسبته للعامل من جريمة تدخل بحسب طبيعتها او دلالتها بالثقة في العامل أو يتعارض إرتكابها مع مقتضيات حسن سير العمل المشروع، فإن أول ما نوجه إليه إهتمامنا هو توصيف هذه الجريمة التي يصح في حال ثبوتها الاستناد إليها كمبرر مشروع لإنهاء أو فسخ عقد

رأى ثالث: د. فتحي عبد الصبور - الوسيط في قانون العمل - ١٩٨٥ من ٨٣٥ حيث يعتبر الحبس الاحتياطي دلتما عقبة مؤقتة وبالتالي سببا لوقف العقد أما الاعتقال فإنه إذا كان قصير المدة فكذاك يعد سببا للوقف. بينما إذا كان طويل المدة فيكون سببا للإفصاخ.

رأى رابع: د. إسماعيل غانم - قانون العمل - ٢٧ ٤٢٧ يعتبر الحبس الطويل المدة (القضائي) سببا للإفصاخ بينما الحبس القصير المدة (القضائي) سببا للوقف.

(٧١) فضلنا إصلاح الإجرام على اصطلاح الجريمة، لإتباع مفهوم الإجرام في نطاق قانون العمل عنه في نطاق القانون الجنائي. إذ بينما تنحصر الآثار السلبية في نطاق القانون الجنائي على صدور الحكم النهائي بالإدانة في جريمة معينة، على اعتبار أنه فيما سبق من مراحل يعتبر المتهم بريئا اعمالا لقرينة البراءة. فإنه في نطاق قانون العمل نصادف الآثار السلبية إبتداء من مرحلة الإتهام او برغم عدم تقديمه للمحاكمة (حفظ - قرار بالأوجه) بل برغم الحكم بالبراءة. ثم إننا نعمدنا عدم إدراج لفظ العامل ضمن عنوان البحث، على اعتبار أن الآثار السلبية للإجرام كما قد تصيب العامل بإنهاء عقده قد تعرقل طالب العمل في بحثه عن العمل.

العمل^(٧٢) أو لرفض التعاقد معه في ضوء م ٦١، م ٦٧ عمل وهو ما نجعله محلاً للباب الأول لبحثنا:

الجريمة الموصوفة كمبرر للإجهاء أو القسح:

ثم إنه على اعتبار أن هذه الآثار السلبية قد تهدد الحياة المهنية وتعرضها قبل صدور الحكم الجنائي النهائي. سواء فور إكتشاف صاحب العمل للجريمة وقبل الإبلاغ عنها أو أثناء التحقيق فيها وقبل إتخاذ سلطة الاتهام لقرارها أو برغم قرارها بعدم تقديم العامل للمحاكمة أو بعد تقديمه للمحاكمة وقبل صدور الحكم النهائي.

هذه الآثار السلبية قد تقتصر على مجرد توقيع جزاء تأديبي على العامل^(٧٣)، أو قد تتمثل في أن يقدم العامل استقالته تحت تهديد الإبلاغ عنه

(٧٢) ذلك أنه من المعلوم أن سلطة إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة، متاحة دائماً لأي من طرفيه بإرادته المنفردة سواء استند في ذلك لمبرر مشروع أو تخلف المبرر الذي يستند إليه.

(٧٣) وفي الغالب يظل هذا الجزاء التأديبي بعيداً عن رقابة القضاء سواء لأن العامل يتجنب عرض الأمر على القضاء، تلافياً من أن يوضع في مركز المدعى المكلف بعيب أثبتت إنحراف صاحب العمل في مباشرة سلطته التأديبية عن الغاية التي أعترف له بها - حفظ النظام في المشروع - إلى تحقيق بواعث غير مشروعة أو منقطعة الصلة بالمشروع.

سواء لوجود اتجاه في القضاء إلى أنه حيث لا يثبت إنحراف صاحب العمل، فإنه ليس للمحاكم أن تحل تقديرها محل تقدير صاحب العمل في مباشرة سلطته التأديبية، بإعتباره المسئول عن إدارة مشروعة والحكم الوحيد فيما ينصلح به النظام داخله. - أنظر عرض هذا الرأي وفي د. محمود جمال الدين زكى - قانون العمل - ط ٢ - ١٩٨٢ - ص ١٦٤ - ١٦٧.

أنظر مع ذلك آراء أخرى في الرقابة القضائية للالحقة على تناسب الجزاء مع المخالفة - رأي: يميز بين حالة عدم وجود لائحة جزاءات: حيث تخضع ممارسة صاحب العمل لسلطته التأديبية للرقابة القضائية، حتى لا يكون عدم

دون أن يعتبر هذا التهديد إكراها معيبا للإرادة^(٧٤). ثم إن هذه الآثار السلبية قد تتمثل في إنهاء عقده وهو ما نحصر في إطاره بحثنا.

وهو ما يؤثر التساؤل عن دلالة وحجية قرارات سلطة التحقيق سواء بعدم التقديم للمحاكمة سواء بالتقديم للمحاكمة في ضوء م ٦٧ عمل وأحكام قانون الإجراءات الجنائية وسلطة رب العمل إزاء ذلك.

٣ - وضع لائحة جزاءات وسيلة لتهرب صاحب العمل من الضوابط الشرعية الواردة في القرارات الوزارية ولمبدأ العدالة.

بينما في حالة وجود لائحة جزاءات وحيث يأتي الجزاء مطابقا للائحة، فإن القاضي يفقد سلطته الرقابية. لأن اللائحة قبل نفاذها تخضع لرقابة إدارية مسبقة (مديرية القوى العاملة والتدريب). أنظر د. حسام الدين الأهواني - شرح قانون العمل - ٨١/٨٢ ص ٢٦٠ د. محمود جمال الدين زكي - مرجع سابق - ص ١٦٧ فوما يذهب رأى آخر إلى قيام الرقابة القضائية حتى في حالة وجود لائحة جزاءات حيث تتضمن اللائحة تقرير الجزاء في صورة حد أدنى وحد أقصى. وبالتالي فاختيار صاحب العمل لجزاء يعطى على الحد الأدنى يخضع لتقدير القضاء. أنظر د. اسماعيل غانم - قانون العمل - ٦١/٦٢ ص ٢٩٤.

- من جانبنا؛ نؤيد الاتجاه الذي يرى الرقابة القضائية على تناسب الجزاء، دون ما تمييز بين وجود لائحة جزاءات أو عدم وجودها ذلك أن الرقابة الإدارية السابقة هي رقابة مشروعية وليست رقابة مناسية. كذلك دون تمييز بين ما إذا كان الجزاء الذي تضمنته لائحة الجزاءات مرنا أم جامدا. على أساس أن مبدأ العدالة وعدم التصف في استعمال الحق يجب أن يهيمن على ممارسة السلطة التأديبية. أنظر في هذا د. محمد لبيب شنب - قانون العمل - ط ٣ - ص ٢٧٥ والأحكام المؤيدة المشار إليها في ص ٢٧٩.

وكذا د. فتحى عبد الصبور - الوسيط في قانون العمل - سنة ١٩٨٥ - ص ٦٩١ والأحكام المشار إليها في هامش ٣ في ذات الصفحة - د. فتحى المرصاوى - عقد العمل - سنة ١٩٧٣ - ص ٢٨٣ - ٢٩٤ والأحكام المؤيدة - د. محمد عبد الخالق عمر - قانون العمل الليبي - ١٩٧٠ ص ٢٧٦ - ١٢٧٨ د. عبد الولود يحيى - شرح قانون العمل - ط ٢ - ١٩٨٧ صص ٢٢٥ - ٢٢٦ د. حسن كبيرة - أصول قانون العمل - ط ٣ - ص ٣٧٥ د. محمد عمر بن - شرح قانون العمل - ١٩٧٠ ص ١٩٦.

كما يؤثر التساؤل عن قرينة البراءة ونطاقها كما يؤثر التساؤل عن مشروعية الإنهاء بغير انتظار الحكم النهائي بالادانة سواء صدر الحكم الجنائي بعد الإنهاء وقبل رفع دعوى مشروعية الفصل أو أثناء نظرها (٧٥) أو في النهاية بعد الفصل فيها بحكم نهائي.

وهو ما نعرض إليه من خلال الباب الثاني الذي نخصمه لدراسة:
- سلطة رب العمل قبل صدور الحكم الجنائي النهائي.

ثم إن هذه الآثار السلبية قد تصادف العامل بعد صدور الحكم الجنائي النهائي سواء صدر بالادانة حيث يثار التساؤل عن دلالة الادانة والوسائل المتاحة لرب العمل للتدخل من العقد استنادا لهذه الادانة. وأثر رد الاعتبار في رفع وصمة الادانة (٧٦). سواء صدر بالبراءة - الذي قد يلقي العامل في إنتظاره عنت ومشقة لا يرفعهما صدره (٧٧). وهو ما يؤثر دلالاته وحجتيته في ضوء م. ٥٦٤ أ.ج.م ٦٧ عمل كما يؤثر صلة الخطأ الجنائي بالخطأ المدني ونطاق قرينة البراءة ومدى امتدادها للمجال الجزائي عموما.

(٧٥) وهو ما يؤثر التساؤل عما إذا كان قاضئ دعوى مشروعية الفصل مكلف بوقف نظر الدعوى لحين صدور الحكم الجنائي النهائي، أي يؤثر نطاق تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجنائية م ٢٦٥ أ.ج.مصري.

(٧٦) ورد عن غندر قال أنانا معمر قال أيقنا ابن شهاب عن أبي لريس الخولاني قال سمعت عبادة بن الصامت قال بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم في رهنط فقال "أبايعكم على أن لا تشركو بالله شيئا ولا تسرقوا ولا تزنا ولا تقتلوا أولادكم ولا تأثروا بيهتان تفترونه بين أيديكم وأرجلكم ولا تعصوني في معروف فمن وفي منكم فأجره على الله ومن أصاب من ذلك شيئا فعوقب فهو طهوره ومن ستره الله فذاك إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له" سنن النسائي - المجلد الرابع - ص ١٤٨ - ح ٧ - ١٩٨٧ - دار الجيل - بيروت - لبنان.

(٧٧) أنظر قضية الاختلاس بشركة المحارث والهندسة التي ترجع لعام ١٩٧٢ - إلى أن صدر الحكم ببراءة جميع المتهمين في ٩٣/٣ ورد في أسباب الحكم "إن المحكمة أعتز وجدتها لما أصاب المتهمين طوال هذه السنوات من مشقة وعناء".

وهو ما نخصص له الباب الثالث من الدراسة:-

- سلطة رب العمل بعد صدور الحكم الجنائي النهائي.

وبالتالي تكون خطة دراستنا خلال هذا البحث كما يلي:-

الباب الاول: الجريمة الموصوفة كمبرر للاثهاء أو الفسخ.

الباب الثاني: سلطة رب العمل قبل صدور الحكم الجنائي النهائي.

الباب الثالث: سلطة رب العمل بعد صدور الحكم الجنائي النهائي.

الباب الأول

الجريمة الموصوفة كمبرر للإجهاء أو الفسخ

على اعتبار أن قانون العمل أقام من الحكم النهائي بالإدانة - في الجرائم الموصوفة بالنص - قرينة قانونية على الخطأ التأديبي في حق العامل [م ٦١ - م ٦٧ عمل]، فإننا نتبنى في تحليل هذه النوعية من الخطأ التأديبي نفس خطة المشرع.

الأمر الذي يدعونا لتخصيص الفصل الأول لدراسة:

- أوصاف الحكم ودلالته

ثم نتوفر في الفصل الثاني على دراسة :

- أوصاف الجريمة المخلة بالنقطة

الفصل الأول

أوصاف الحكم ودلالته

باستعراض نص م ٧/٦١ وم ٦٧ عمل يتضح أن المشرع جعل صدور الحكم الجنائي النهائي بالادانة - في الجرائم الموصوفة بالنص - قرينة قاطعة على حقيقة المبرر من حيث وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها ووصفها القانوني.

وهذا ما يدعونا في تحليل أوصاف الحكم الجنائي النهائي بإعتباره أساس القرينة على حقيقة المبرر إلى دراسة:

مبحث أول : الحكم الجنائي النهائي أساس للقرينة على حقيقة المبرر.

مبحث ثاني: دلالة الحكم الجنائي النهائي بالادانة على ثبوت الخطأ التأديبي.

مبحث أول

الحكم الجنائي النهائي أساس للقرينة على حقيقة المبرر

يعنينا في هذا المقام أن نتتبع تطور قانون العمل المصري والتشريعات العربية في إشتراط النهائية كأساس للقرينة ثم نوضح المقصود بها وتقدير إشتراطها.

وبالتالي نعرض لهذا المبحث من خلال:

مطلب أول : إشتراط نهائية الحكم

مطلب ثاني : المقصود بالنهائية وتقدير إشتراطها

مطلب أول إشتراط نهائية الحكم

لم يكن قانون العمل المصري رقم ١٩٤٤/٤١ يشترط أن يكون الحكم الجنائي نهائياً.

ومن التشريعات العربية التي لم تصرح بتطلب ثبوت الجريمة المنسوبة للعامل - والموصوفة بالنص كمبرر مشروع بحكم نهائي، نجد قانون العمل السعودي^(٧٨) الذي نص في م ٨٣ منه على أنه "لا يجوز لصاحب العمل فسخ العقد دون مكافأة أو سبق إعلام العامل أو تعويضه إلا في الحالات الآتية ومن بينها الفقرة الثالثة "إذا ثبت إتباعه سلوكاً سيئاً أو ارتكابه عملاً مخالفاً بالشرف أو الأمانة".

وكذا قانون العمل اليمني حيث نص في م ٥٠/ز "إذا حكم على العامل في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة"^(٧٩).

(٧٨) نظام العمل والعمال. مرسوم ملكي رقم م/٢١ في ١٢٨٩/٩/٦ هـ وفي نفس المغني م ٧/٩٤ من قانون العاملين المدنيين بالدولة وم ٧/٩٦ من قانون العاملين بالقطاع العام. مع ذلك فالنص على تفسير هذه النصوص بما يتطلب نهائية الحكم. أنظر د. زكي محمد النجار - أسباب انتهاء الخدمة للعاملين بالحكومة والقطاع العام - دار الفكر العربي ١٩٨٧ ص ١٣٠ د. خميس السيد اسماعيل - موسوعة المحاكمات التأديبية أمام مجلس الدولة - للكتاب الأول ص ٣٠٩؛ الفتوى رقم ٩٤٦ في ٦٠/٢/١ ملف ٧٠٣/١/٧ مشار إليها في المراجع السابق. م ٧٧ من القانون ٦٤/٤٦ إذ قضت بإنهاء خدمة العامل بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، افترضت أن هذا الحكم نهائي واجب التنفيذ حتى ينتج أثره في هذا الصدد. ومن ثم فإن الحكم الجنائي الصادر ضد السيد/..... باعتباره حكماً غير نهائي لا يترتب عليه إنهاء خدمته طبقاً م ٧٧ ولو أدلته في جريمة مخلة بالشرف.

(٧٩) مع ذلك فإن الفقه يفسر النص على أنه يتطلب نهائية الحكم حتى لا يكون هناك احتمال لتبذره العامل في الوقت الذي تكون حياته المهنية قد انتهت إستناداً للحكم غير النهائي.

وكذا قانون العمل اللبناني الذي نص في م ٦/٧٤ "إذا حكم على الأجير بالحبس سنة فأكثر لإرتكابه جنائية، أو إذا ارتكب جنحة في محل العمل وأثناء القيام به وإذا حكم على الأجير لأجل الأفعال المنصوص والمعاقب عليها في م ٣٤٤ ع ٨٠٦".

وكذا قانون العمل الكويتي حيث ورد في م ٤/٥٥ أنه "إذا حكم على العامل في جريمة ماسة بالشرف والأمانة أو الأخلاق" (٨١).

ثم كان وأن اشترط المرسوم بقانون ١٩٥٢/٣١٧ بمصر نهائية الحكم (م ٨/٤٠) وهو ما استمر إشتراطه في قانون العمل الموحد رقم ١٩٥٩/٩١ (م ٨/٧٦) وكذا م ٧/٦١ من قانون العمل الحالي رقم ٨١/١٣٧ بنصها على أنه "إذا حكم على العامل نهائياً في".

= أنظر د. محمد عبد القادر الحاج - قانون العمل اليمني - ١٩٨٥ من ١٦٨. (٨٠) مع ذلك فالقوة على تفسير النص بأنه يتطلب نهائية الحكم، على اعتبار أنه مما توجبه القواعد العامة للأحكام لاكتسابها وصف القطعية، دون حاجة لتطبيقها بالنص الصريح.

أنظر د. محمد ليبيب شلب - قانون العمل اللبناني - ١٩٦٩ من ١٢١٢ الاستاذ إسكندر صقر - المجموعة العمالية. قانون العمل اللبناني. مكتبة لبنان. بيروت ص ٢٤.

(٨١) د. محمود جمال الدين زكي - قانون العمل الكويتي - ١٩٧٢ من ٢١١. (٨٢) وهو ما نجد في القانون المقارن: قانون العمل العراقي م ٣٤ من القانون ١٩٧٤/١٥١ - (ط) "إذا حكم على العامل نهائياً بجنحة أو جنائية مخلة بالشرف". أنظر د. عزيز إبراهيم - شرح قانون العمل العراقي الجديد - ح ١ تنظيم علاقات العمل الفردية مطبعة الجامعة - بغداد - ١٩٧٥ - ص ١٢٦. - قانون العمل اللبناني م ٨/٥١ "إذا حكم على العامل نهائياً في جنحة أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة". د. فتحي المرصفاوي - عقد العمل - ١٩٧٣ - ص ٤٢٠ - ٤٢٩.

وهو ما يفترض صدوره عن جهة قضائية بالمعنى الصحيح. ويدخل في مفهوم الأحكام القضائية الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة غير أنها لا تكون نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية. أما الأحكام الصادرة من المحاكم العسكرية والمجالس العسكرية، فإن الرأي الغالب يرى أنها محاكم قضائية ولأحكامها قوة الأحكام الصادرة من المحاكم العادية وقد أقرت محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا هذا الاتجاه، كما أفتت به الجمعية العمومية للتقوى والتشريع بمجلس الدولة بمناسبة تطبيق ما ورد في قانون العاملين المدنيين بالدولة (٨٣).

فكان دلالة الحكم الجنائي بالادانة أو بالبراءة على إثبات أو نفى حقيقة المبرر (٨١) - بحسب الأحوال - وفقا للقرينة القانونية المقررة بنص م ٦١ وم ٦٧ عمل لا محل لها إلا حيث تثبت الصفة النهائية للحكم الجنائي. بل لا يقبل من صاحب العمل إثبات حقيقة المبرر وفقا للقواعد العامة في الإثبات حيث تتعاصر دعوى مشروعية الفصل مع الدعوى العمومية بل يتعين على المحكمة المدنية أن توقف الفصل في دعوى مشروعية الفصل إلى حين صدور الحكم الجنائي النهائي بالادانة أو إلى حين فوات ميعاد الطعن في الحكم الابتدائي. بمعنى أن مجرد رفع الدعوى العمومية قبل رفع الدعوى المدنية - مشروعية الفصل - أو إنشاء سيرها - وقبل صدور

(٨٣) أنظر د. خميش السيد اسماعيل - المرجع السابق - ص ٣٠٦، الاستاذ أحمد شوقي المليجي - المرجع السابق، ص ٤٧٧. - ونحيل في شأن أثر الحكم الجنائي الأجنبي في الجريمة الواقعة داخل البلاد أو خارجها للقواعد العامة في قوة الشيء المحكوم به للحكم الأجنبي - م ٤ ع - أنظر د. خميش اسماعيل ص ٣٠٥؛ د. محمود نجيب حسنى - قانون العقوبات - ط ٥ - ص ١٤٨. (٨٤) ونقصم بذلك ثبوت المبرر والتحقق الفعلي للفعل المنسوب للعامل وتحقق نسبته إليه ووصفه القانوني.

الحكم النهائي فيها - يلزم المحكمة المدنية بوقف الفصل فيها إلى حين صدور الحكم النهائي في الدعوى العمومية ولا يكفى لإعادة السير فيها صدور الحكم الابتدائي.

وهو ما يتأسس على ما يلي:

- العلة في استناد قرينة حقيقة المبرر على الحكم الجنائي النهائي بالادانة دون غيره، يبررها ما لحجية الحكم الجنائي من إحترام ودلالة قاطعة قبل الكافة وهي الثابتة للحكم الجنائي البات دون الابتدائي (م ٤٥٦ إجراءات جنائية)^(٨٥).

- مقتضى م ٢٦٥ إجراءات جنائية وقف الفصل في الدعوى المدنية إلى حين الفصل في الدعوى العمومية المعاصرة لها (مرفوعة قبلها أو اثباتها) بحكم نهائي وليس بمجرد حكم ابتدائي^(٨٦).

(٨٥) انظر: د. مأمون ملامة - قانون الإجراءات الجنائية - ١٩٨٠ - دار الفكر العربي - ص ١٢٢٨ - أن يكون الحكم الجنائي حائزا لقوة الشيء المقضي به أي أن يكون باتا. فإذا لم يكن كذلك بأن كان قابلا للطعن بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض فلا تكون له هذه الحجية لإحتمال الغائه عند الطعن فيه، د. أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون الإثبات - ص ٢٦٨، نقض ١٩٧٠/٤/٢١ - ص ٢١ - ٢٦٢ الطعن ٥٦ سنة ٣٦ ق مشار إليه في د. معوض عبد التواب - قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بأحكام النقض من ١٩٣١ إلى ١٩٨٧ - ط ٨٧. منشأة المعارف ص ١٠٨٥.

أحكام نقض مشار إليها في عز الدين الديناصوري وحامد عكاز - المرجع السابق - ص ٤٧٧؛ نقض ٧٨/١/١٤ ص ٢٩ من ١٧٦؛ نقض ٧٣/٥/٢٧ ص ٢٤ من ٦٥٣؛ مع ذلك هناك من الأحكام ما اكتفت في إثبات الحجية بنهائية الحكم، مشار إليها في المرجع السابق من ٤٧٧؛ ٤٨٣؛ نقض ١٦/٤/٢٨ م.م. ف ص ١٧ من ١٩٤٩؛ نقض ٤٧/١٠/٢٧ م. القواعد في ٢٥ سنة - ص ١١٨٥؛ ١٧؛ ١٩٧٦/٣/٣٠ ص ٢٧ من ٨٠٤ - نقض ٧٢/٤/٤ ص ٢٣ من ٦٣٥.

(٨٦) الطعن ١٥ لسنة ٣٧ ق جلسة ٧٢/١٢/٣٠ في السيد خلف محمد - مجموعة مبادئ أحكام النقض (٧٠ - ٧٥) ص ٤٦٨ بند ١٧٨٧ "الحكم الجنائي يقيد القضاء المدني فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم، إلا أن هذه الحجية

- والأمر لا بد أن يكون متماثلاً في حال الحكم بالبراءة، بحيث لا يجوز الاستناد إليه لنفي حقيقة المبرر في دعوى مشروعية الفصل إلا إذا ثبت له وصف النهائية^(٨٧). على اعتبار أن القرينة التي أقامتها م ٦٧ عمل على انتفاء حقيقة المبرر في حال الحكم بالبراءة إنما تنكس على ما للحكم الجنائي من حجية أمام القضاء المدني وهو ما لا يثبت إلا للحكم البات دون الحكم الابتدائي ولو لم يرد ذكر ذلك صراحة في م ٦٧ عمل.

أضف إلى أنه لا يوجد ما يبرر التمييز في الحكم بين الحكم الجنائي بالادانة والحكم بالبراءة وهذا هو مقتضى القياس لإتحاد العلة. ثم إن مقتضى التفسير الصحيح هو استصحاب "اشتراط النهائية" المنصوص عليه صراحة في خصوص الادانة بمناسبة الحكم بالبراءة طالما لم يوجد ما يدل على خلافه. أضف إلى أن النصوص يفسر بعضها في الكشف عن إرادة المشرع ولا يجوز الوقوف عند حرفية نص م ٦٧ في عدم اشتراط نهائية حكم البراءة^(٨٨).

== لا تثبت إلا للأحكام النهائية الفاصلة في موضوع الدعوى الجنائية! الطعن ١٠٩٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ٨٦/٤/٢٧ في عصمت الهوارى ح ٧ ص ١٣٧ قاعدة ١٩٧ أنظر د. محمد عمران - شرح قانون العمل ١٩٧٠ ص ١٧٩ وفي نفس الموضوع محكمة القاهرة الابتدائية دائرة ٢٠ في القضية ٥٥/١٩٥٤ عمل كل في ١٦٥٥/٢/٢٧ د. محمد عبد الخالق عمر - قانون العمل الليبي - ١٩٧٠ ص ٢٨٢ علماً بأن صياغة الليبي - مطابقة للمصري د. محمد عبد القادر الحاج - قانون العمل الليبي - ١٩٨٥ ص ١٦٨ د. فتحي المرصفاوى - عقد العمل - ١٩٧٣ - ص ١٤٣٠ د. محمود جمال الدين زكى - قانون العمل الكويتي - ١٩٧٢.

(٨٧) وإلى حين ذلك تظل هذه الدعوى موقوفة ولا يجوز لها أن تستأنف السير فيها فور صدور الحكم الابتدائي بالبراءة.

(٨٨) د. إدوار غالى الذهبي - المرجع السابق - ص ١٦٨ - ١٧٠ وتطبيقاً لذلك قضى بأن حكم محكمة أول درجة ببراءة العامل وعدم استئناف النيابة العامة له خلال ٣٠ يوماً من صدوره، يجعل الحكم نهائياً وحائزاً لقوة الشيء المحكوم به، ويجب ==

- مع ذلك فإن بعضا من الفقه ميز بين حكم الادانة وحكم البراءة.
فالبعض يرى أن نص م ٦٧ عمل لم يشترط نهائية حكم البراءة،
وبالتالى ليس لصاحب العمل الامتناع عن إعادة العامل إلى عمله بعد أن
قضت محكمة أول درجة ببراءته.

إلا أن هذا الرأى نفسه يرى أنه يكون لصاحب العمل فى حالة الحكم
من محكمة الدرجة الثانية بإلغاء حكم البراءة وإدانة العامل أن يفسخ العقد
أو ينهيه وفقا للقواعد العامة فى فسخ العقد أو إنهائه^(٨٩).

بينما البعض الآخر يرى أنه بينما يشترط لقيام القرينة على إنتفاء
حقيقة مبرر الإنهاء - الواردة فى م ٦٧ عمل - أن يكون حكم البراءة
نهائيا. على اعتبار أن الحكم الابتدائى - بالبراءة - لا يحدد موقف العامل
فيما ينسب إليه على وجه نهائى، إذ قد يدان العامل استئنافيا بعد ذلك فى
الجريمة المنسوبة إليه.

على العكس فإنه إذا صدر الحكم الابتدائى بالإدانة فإنه يكون مبررا
كافيا لإنهاء العقد غير المحدد المدة، ولا ينقلب الفصل تعسفيا لمجرد
صدور الحكم الاستئنافى بعد ذلك بالبراءة^(٩٠).

= حينئذ إعادة العامل إلى عمله وإلا اعتبر عدم إعادته فصلا تعسفيا (م ٣٠ - م
٢٩ قانون عقد العمل الفردى).

مشار إليه فى المرجع السابق ص ١٧٢.

(٨٩) د. فتحي عبد الصبور - الوسيط فى قانون العمل - ١٩٨٥ - ص ٨١٣؛ حكم
مؤيد لهذا الاتجاه: محكمة ميت غمر الجزئية ١٢/٩/١٩٥٤ مشار إليه فى إدوار
غالى الذهبى - المرجع السابق - ص ١٧٢ هامش (٢).

(٩٠) د. محمد لييب شنب - قانون العمل - ص ٤٩١ د. عبد الوہود يحيى - شرح
قانون العمل - ١٩٨٧ ص ٣٥٧؛ أنظر استئناف القاهرة حيث ألغت حكم لمحكمة
القاهرة الابتدائية فى ١٢/١١/١٩٥٤ مشار إليه فى ذات الموضوع هامش ٢ إذا أدين
العامل ابتدائيا، كان من حق رب العمل أن يفصله طالما أن العقد غير محدد

من جانبنا: لا نرى مبررا للفرقة بين الحكم بالبراءة وبالإدانة وكلاهما لدينا يشترط أن تكون له الصفة النهائية حتى تترتب عليه دلالة نفى أو اثبات حقيقة مبرر الإنهاء على سبيل القرينة التشريعية استنادا لما سبق وأن أديناه من حجج.

مطلب ثلثي

المقصود بالنهائية وتقدير اشتراطها

يعتبر الحكم نهائيا حيث لا يكون قابلا للطعن فيه بطرق الطعن العادية أى بالمعارضة أو الاستئناف ولو كان قابلا للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية (النقض وإلتماس إعادة النظر)^(١١).

وهو ما يتحقق إما لأنه صير نهائيا كما هو شأن الأحكام الحضورية الصادرة فى الجنايات التى تصدر بحسب قواعد الاختصاص من محكمة الاستئناف - م ٣٦٦ إجراءات جنائية - وبالتالي لا يجوز الطعن عليها إلا بالنقض أو إلتماس إعادة النظر (م ٤/٣٨١ إجراءات).

^(١١) المدة، فإذا ما قضى استئنافيا ببراءته فإن ذلك لا يجعل الفصل تعسفيا، إذ لا يمكن القول بأن حكم البراءة دليل على أن هذا الفسخ قد وقع تعسفيا بلا مبرر.

(١١) أنظر د. على عوض حسن - الوجيز فى شرح قانون العمل - ١٩٨٢ ص ٣٤٤؛ د. محمد لبيب شنب - قانون العمل - ط ٣ - ص ٢٥٦، د. أحمد خليفة البيومى - رسالته فى سياسة الإستخدام واستقرار العمل فى قانون العمل المصرى - جامعة عين شمس ص ٣٣٢، د. محمد عمران - شرح قانون العمل - ١٩٧٠ - ص ١٧٩.

ويؤثر التساؤل عما إذا كان الحكم الغيابي الصادر فى جنائية يعد بمثابة حكما نهائيا وبالتالي يحوز حجية الشيء المحكوم فيه أمام القضاء المدنى؟

إعمالا لنص م ٣٩٤ أ.ج (١٦) فإنه يسقط العقوبة المحكوم بها - بمضى المدة - يصبح الحكم الغيابي الصادر من محكمة الجنايات فى جنائية نهائيا وبالتالي حائزا لحجية الشيء المحكوم فيه أمام القضاء المدنى.

وكذا لو صدر الحكم غيابيا ببراءة المتهم، إذ يعتبر الحكم نهائيا، فلا يبطل ولا تعاد محاكمة المتهم عند حضوره، وتخرج الدعوى نهائيا من يد محكمة الجنايات، ولا يكون هذا الحكم قابلا للطعن إلا بطريق النقض من النيابة العامة أو المدعى بالحقوق المدنية أو المسئول عنها (إذا قضى ضده بشئ رغم الحكم بالبراءة). أما إذا فاتت مواعيد الطعن فى هذا الحكم فإنه يصبح نهائيا حائزا للحجية أمام القضاء المدنى (١٧).

(١٦) م ٣٨٤ أ.ج إذا صدر أمر بإحالة متهم بجنائية الى محكمة الجنايات ولم يحضر يوم الجلسة بعد اعلانه قانونا بأمر الاحالة وورقة التكليف بالحضور يكون للمحكمة أن تحكم فى غيبه، ويجوز لها أن تؤجل الدعوى وتأمّر بإعادة تكليفه بالحضور م ٣٨٧ أ.ج - ح - ٣٨٨ أ.ج.

ومن المعلوم أن الحكم الغيابي فى الجنائية يبطل ويعاد النظر فى الدعوى إذا حضر المحكوم عليه من غيبه أو قبض عليه قبل سقوط العقوبة بمضى المدة - م ٣٩٥ إجراءات جنائية - لذلك قضت محكمة القضاء الادارى فى القضية ٢/٤١٤ ق جلسة ٧٢/٦/٢١ مشار اليه فى د. خميس السيد اسماعيل - المرجع السابق - للكتاب الثانى - ص ٨٦ "الحكم الغيابي الصادر من محكمة الجنايات بإدانة المتهم فى جنائية لا يعدو أن يكون حكما تهديديا مؤقتا لا يصح الاستناد اليه فى تطبيق حكم م ٧/٧٧ من القانون ٦٤/٤٦: "وتستطيع المحكمة تجنبا لغياب المتهم مرة أخرى أن تأمر بحبسه على ذمة القضية، حتى يصدر الحكم فى مواجهته حضوريا. (م ٣٩٤ لا يسقط الحكم الصادر غيابيا من محكمة الجنايات فى جنائية بمضى المدة، وإنما تسقط العقوبة المحكوم بها ويصبح الحكم نهائيا يسقطها".

(١٧) د. ادوار غالى الذهبى - حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى - دار النهضة العربية ١٩٨١ - ص ١٨٢ وما بعدها.

أما الحكم الغيابي قبل أن تسقط العقوبة المقضى بها بمضى المدة، فإنه لا يكون نهائيا لكونه مهددا بالزوال أو التغير بمجرد حضور المتهم أو القبض عليه ومحاكمته من جديد. وبالتالي يكون الحكم الغيابي في جنابة في هذه المرحلة حكما تهديديا أو مؤقتا غير حائزا للحجية أمام القضاء المدني^(١٤).

ويعتبر الحكم نهائيا لفوات مواعيد الطعن عليه أو لرفض الطعن إن كان صادرا في جنحة^(١٥).

(١٤) انظر م ٢٩٥ أ.ج. وانظر د. إيوار غالي - المرجع السابق - ص ١٨٦. والراجع أن الحكم الغيابي الصادر في جنابة يوضع حدا لوقف السير في الدعوى المدنية المرفوعة أمام القضاء المدني، والتي أوقفت حتى يتم الفصل نهائيا في الدعوى العمومية (م ٢٦٥ أ.ج.، والقول بخير ذلك يؤدي إلى أن الدعوى المدنية قد تظل موقوفة مدة عشرين سنة وأحيانا لمدة ثلاثين سنة إذا كانت العقوبة بالاعدام وهو ما لا يمكن أن يكون قد قصد إليه المشرع.

ويطبيعة الحال فإن البراءة المحتمل صدورها في حالة إعادة محاكمة المحكوم عليه الصادر عليه حكما غيابيا بالأدانة لا تقود الحكم النهائي الصادر سابقا عليه في الدعوى المدنية والتي استأنف السير فيها بعد للحكم الغيابي في الدعوى العمومية والذي صدر دون أن يأخذ في اعتباره هذا الحكم الجنائي الغيابي لأنه ليس حائزا للحجية. وتأسيس ذلك أن القاضي المدني عندما أصدر حكمه في الدعوى المدنية لم يكن مقيدا بالحكم الجنائي. أرجح إدوار غالي ص ١٨٧.

(١٥) ومن الجدير بالذكر أن الحكم الغيابي في الجنحة لا يعتبر حكما نهائيا وبالتالي لا تقوم عليه القرينة القاطعة بحقيقة المبرر، حتى ينقضى ميعاد المعارضة الذي يبدأ من تاريخ إعلان الحكم أو حيث تتم فيه المعارضة الذي يبدأ من تاريخ إعلان الحكم أو حيث تتم فيه المعارضة ويفصل فيه بحكم نهائي. والحكمة من هذا أن الحكم الغيابي صدر بناء على أقوال الخصم دون أن يتمكن المحكوم عليه غيابيا من ابداء أوجه دفاعه. ومعظم أن العلم بالحكم يثبت قاطعا بإعلان الحكم لشخص المحكوم عليه فيما تقوم قرينة غير قاطعة على علمه به في حالة تسليمه الاعلان في موطنه لمن يصح التسليم إليه (م ٣٩٨ إجراءات).

انظر د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٨٠ دار النهضة العربية ص ١١٤٢. ولقد قضى بأن الحكم الغيابي لا يعتبر أكثر من إجراء من إجراءات التحقيق، فإذا مضى عليه أكثر من

وبالتالى فإنه وفقا لقانون العمل المصرى فإن القرينة على حقيقة الخطأ التأديبى - المبرر للإتهاء أو الفسخ - لا تقوم بمجرد ارتكاب العامل لإحدى الجرائم الموصوفة أو بمجرد الاتهام أو تقديمه للمحاكمة أو حتى إذا حكم عليه طالما لم يصدر الحكم النهائى بعد^(١٦).

- الحكمة من تطلب نهائية الحكم لقيام القرينة القانونية على حقيقة المبرر هى ما يتمتع به الحكم النهائى، من صفة قطعية، تلقضى به الدعوى الجنائية بحيث لا يجوز الرجوع إليها بعد الحكم فيها نهائيا أو بعد صيرورته نهائيا، باستفاد طرق الطعن، بناء على ظهور أدلة جديدة أو بناء على تغيير الوصف القانونى للجريمة على عكس الحال فى حالة

= ثلاث سنين بغير أن ينفذ لو أصبح حكما نهائيا فقد سقط بذلك الحق فى إقامة الدعوى العمومية قبل المتهم. طعن ٨٧٦٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٢/٦/٨. أرجع مزاجع الفقه فى قانون الإجراءات الجنائية فى شأن متى يعتبر الحكم حضوريا أو غيابيا: د. حسن صادق المرصفاوى: المرصفاوى فى أصول الإجراءات الجنائية - منشأة المعارف - ط ١٩٨٢ - ص ٦١٦، د. أحمد فتحى سرور - الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية ١٩٨٠ المواد: ٢٣٨ - ٢٣٩ - ٢٤٢ أ.ج. علما بأن نظام الحضور الاعتبارى يقتصر تطبيقه على الإجراءات أمام المحكمة الجزئية، فلا يبرى بالنسبة إلى الجنائيات، فيؤخذ به فى خصوص الجرح التى تنظرها هذه المحكمة (م ٣٩٧ أ.ج) أنظر المرصفاوى - المرجع السابق - ص ٦٢٨.

(١٦) هذا لا يمنع صاحب العمل من مباشرة سلطته التأديبية بفصل العامل بغير انتظار لصدور الحكم النهائى بالإدانة. وإذا صدر الحكم النهائى فى دعوى مشروعية الفصل قبل رفع الدعوى العمومية فإن إثبات حقيقة المبرر تتم وفقا للقواعد العامة. أنظر لاحقا سلطة رب العمل إزاء الجريمة الموصوفة قبل صدور الحكم النهائى

الحكم غير النهائي^(١٧) باعتباره محتمل الإلغاء وبالتالي لا معنى للإلتزام القضاء المدني به في هذه المرحلة.

بل إننا نرى أنه من الأنسب على مستوى السياسة التشريعية تعديل النص بحيث يتطلب لقيام القرينة القانونية على حقيقة المبرر - ثبوت وقوع الجريمة ونسبتها إلى العامل ووصفها القانوني - صدور حكم جنائي بات وليس على مجرد صدور حكم نهائي^(١٨).

ونستند في رأينا هذا إلى الحجج الآتية:

١ - الحكم الجنائي النهائي مهدد بدوره بالإلغاء عند الطعن فيه بالطرق غير العادية ولا يستقر أمره إلا بفوات ميعاد الطعن فيه أو برفض الطعن بعد إذ طعن فيه.

٢ - تجنب المشاكل العملية الناجمة عن فصل العامل استنادا للحكم الجنائي النهائي بالإدانة في حالة الغائه لاحقا بحكم بات يصدر بالبراءة.

ذلك أنه حيث لا يكون قد صدر حكم نهائي في دعوى مشروعية الفصل، فإن حق العامل في التعويض عن الفصل التعسفي يرتبط بما للحكم الجنائي البات من حجية. وهو ما يتحقق حيث لا يرفع العامل المفصول دعوى التعويض عن الفصل التعسفي إلى حين صدور الحكم البات أو رفع

(١٧) م ٤٥٤ - ٤٥٥ أ إجراءات جنائية، د. محمد لبيب شندب - قانون العمل اللبناني -

١٩٦٩ - ص ١٢١٢، سليمان مرقس - أصول الاثبات وإجراءاته - ج ٢ - ط

٤ - ١٩٨٦ ص ٢٦٣.

(١٨) د. زكي محمد النجار الذي أبدى نفس وجهة النظر في التعليق على م ٧/٩٤ من

قانون العاملين المدنيين بالدولة وم ٧/٩٦ في قانون العاملين بالقطاع العام -

المرجع السابق - ص ٣١.

دعواه إلا أنه لم يكن قد فصل فيها بحكم نهائي إلى حين رفع الدعوى العمومية أو إلى حين صدور الحكم البات.

على العكس فإن وضع العامل يستقر ولا يحوز المساس به إذا صدر حكم نهائي في دعوى مشروعية الفصل قبل رفع الدعوى العمومية^(٩٩). ذلك ما لم يتمكن العامل من الطعن في الحكم المدني النهائي الصادر برفض طلبه بالتعويض على أساس إلتماس إعادة النظر وفقًا لقواعد قانون المرافعات (م ٢٤١/٢ - ٣). وذلك إذا تبين من الحكم الجنائي الحائز للحجية - اللاحق في صدوره للحكم المدني - تزوير الأوراق أو زور الشهادة التي بنى عليها الحكم المدني الصادر في دعوى مشروعية الفصل^(١٠٠).

(٩٩) لخروج الدعوى عن ولاية المحكمة بصدور الحكم النهائي فيها، وبطبيعة الحال فإنه لا ينعي على الحكم المدني مخالفة حجية الشيء المحكوم به للحكم الجنائي الصادر لاحقًا له، لأنه عند صدوره لم يكن ثمة دعوى عمومية. انظر م ١٠١ قانون الاثبات - ٢٦٥ اجراءات جنائية. نقض ٥/١/١١ مجموعة عمر - ٤ - ص ٥٢٥، عز الدين الديناصوري. التعليق على قانون الاثبات - ط ٤ - ١٩٨٩ ص ٤٨٣ بند ٤٥ ص ٤٨٨ بند ٢٨ بند ٥٣ د. مأمون سلامة - قانون الاجراءات الجنائية - ط ١٩٨٠ - دار الفكر العربي ص ١٢٢٩ بند ٤٤

J. Savatier "le licenciement pour des faits susceptibles d'incrimination penale" Dr. soc. 91 P. 622.

(١٠٠) أما مجرد صدور الحكم الجنائي البات لاحقًا بالبراءة أو بالادانة بما يخالف إتجاه الحكم المدني النهائي في تقدير مشروعية الفصل فإنه لا يبرر الطعن فيه بإلتماس إعادة النظر على أساس من م ٢٤١/٤ مرافعات وينطبق عليه السابق الإشارة اليه من خروج دعوى مشروعية، الفصل عن ولاية المحكمة المدنية بما صدر منها في خصوصها من حكم نهائي قبل صدور الحكم الجنائي البات في الدعوى العمومية المتعلقة بذات الفعل المكون للأساس المشترك للدعويين. انظر د. انوار غالي الذهبي - حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني - دار النهضة العربية ط ٢ - ١٩٨١ ص ١٩٩ - ٢٠٠.

٣ - الغرض من وضع قرينة على حقيقة المبرر فى شأن الجريمة المنسوبة للعامل هو تأسيسها^(١٠١) على أساس ثابت متين وهو ما يتحقق بصدور الحكم البات الحائز وحده للحجية^(١٠٢) (م ٤٥٦ اجراءات).

لذلك فلن الانسجام بين قانون الاجراءات الجنائية وقانون العمل يقتضى توحيد الحكم بإسقاط باتات الحكم الجنائى (٤٥٦ اجراءات) حتى يترتب عليه قرينة حقيقة المبرر بثبوت الجريمة ونسبتها إلى فاعلها ووصفها القانونى وقد يكون هذا كله أو بعضه ما دعى المشرع فى قانون قطاع الأعمال العام رقم ٩١/٢٠٣ الى تطلب فى م ٤٥/٤ الاستناد لحكم بات بعقوبة...^(١٠٣).

(١٠١) وليس فى هذا حرمان لصاحب العمل من حريته فى الانتهاء، التى يظل متحفظا بها فى جميع المراحل السابقة على صدور الحكم البات، بل أنه يستطيع اثبات حقيقة المبرر - فى دعوى مشروعية الفصل الصادر فيها الحكم النهائية قبل رفع الدعوى العمومية - بجميع طرق الاثبات وفقا للقواعد العامة فى الاثبات. أما الاستناد فى دعوى مشروعية الفصل على قرينة حقيقة المبرر المستفادة من الحكم الجنائى - حيث تتعاصر الدعويين - فهذه هى ما نقترح أن تكأس على الحكم البات وليس على الحكم الجنائى النهائية.

(١٠٢) لأن الحكم البات هو الحكم المستقر الذى لا يوجد إ احتمال لإلغائه أو تعديله وبالتالي فهو الوحيد الذى يجب أن توفر له الحجية والاحترام للكاملين - نقض ٧٠/٦/٨؛ نقض ٧٠/٤/٢١ مشار إليها فى د. سليمان مرقس 'اصول الاثبات ولجراءاته - ح ٢ - ط ٤ - ٨٦ ص ٢٧٢ - ٢٧٣؛ نقض ٧٣/١٢/٣ مشار إليها فى د. أحمد أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الاثبات - ط ٢ - ١٩٨١ ص ٢٢٦٨ د. أحمد هبة - د. جلال ناصف - موسوعة مبادئ النقض فى الاثبات فى أربعين عاما ط ١ - ١٩٧٨ ص ١٩١، اشتركت صياغة هذه الأحكام على أن قوة الأمر المقضى لا تكون إلا للأحكام النهائية بعد صيرورتها باتة لا يجوز الطعن فيها بالاستئناف أو بالنقض أو لاستفاد طرق الطعن فيه أو لفوات مواعيده، متى توافرت شرائطها الأخرى.

(١٠٣) جريدة رسمية ع ٢٤ مكرر فى ٩١/٦/١٩ ص ٣. علما بأن طرق الطعن غير العادية التى لا تبدأ مواعيدها إلا من تاريخ حدوث وقائع أو ظهور أمور معينة فى أى وقت كالتماس إعادة النظر لا ينفى عن الحكم

مبحث ثانى دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة على ثبوت الخطأ التأديبى

التعرف على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة فى إثبات حقيقة
المبرر [تحقق وقوع الجريمة. ونسبتها إلى العامل ووصفها القانونى]
يقتضى من ناحية:
دراسة مقتضى دلالة الحكم الجنائى بالادانة.

من ناحية أخرى:

دراسة العوارض غير المؤثرة على دلالة الحكم الجنائى النهائى
بالادانة.

من ناحية ثالثة:

دراسة العوارض المؤثرة على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة.

= الجنائى القابل لها صفة البتات ولا تمنع من ثبوت الحجية له فى الدعاوى المدنية
الناشئة عن الواقعة ذاتها التى قضى فى شأنها ذلك الحكم.
أنظر د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ج ٢ ص ٢٧٣ هامش ٢٨٦.

مطلب أول

مقتضى دلالة الحكم الجنائي النهائي بالإدانة

معلوم أن الإنهاء المشروع يستند لمبرر يدعمه ويقوم به - هذا المبرر المشروع لابد أن يكون من ناحية: جدية أى له وصف الخطأ التأديبي - إذا كان إنهاء تأديبيا - وعلى درجة من الجسامه تتناسب مع جزاء الفصل.

ومن ناحية أخرى: حقيقيا أى ثابتا تحققه بالفعل وثابتا نسبته إلى العامل.

فأما جدية المبرر فإنه فى خصوص الجرائم الموصوفة بنص م ١٦١ م ٦٧ عمل، فإن إثبات وصف الخطأ التأديبي لها وجسامتها المبررة للفصل يستند للنص التشريعى نفسه الذى أقام القرينة على ذلك ولا يستند للحكم الجنائي النهائي.

ذلك أنه خروجاً على الأصل المقرر من أنه على صاحب العمل أن يستظهر وجه الخطأ التأديبي من الفعل المنسوب للعامل، بمعنى إستظهار وجه إخلال الثقة فى العامل أو إخلال حسن سير العمل فى المشروع وسمعته نتيجة لفعله أو إصطدامه مع متطلبات وظيفته وهو ما يتم تحت نظر وتقدير القضاء فى مباشرته لدوره فى تكيف الخطأ التأديبي وتحديد درجة جسامته موازنة بين ما يقدمه صاحب العمل من مبررات مع ما يقدمه العامل من تفنيد لها^(١٠٤).

(١٠٤) طعن ٥٦/٢٥٤٦ ق جلسة ٨٧/٦/٢٢ والطعن ٥١/٢١٢٠ ق جلسة ٨٧/٦/٢٢
فى عصمت الهوارى ح ٧ ص ١٤٠ - ١٤١ القاعدتين ١٩٩ ١٠٠ تنن كان

وخروجا على الأصل من أنه لا تلازم من الوجهين بين ما هو جريمة وبين ما هو مسئولية تأديبية مبررة لإنهاء عقد العمل^(١٠٥).

خروجاً على هذا الأصل من جائبه فإن ما ورد بالمادتين ٦١، ٦٧ عمل من توصيف للجريمة^(١٠٦) تمثيلاً للخطأ التأديبي - بالإضافة لباقي فقرات م ٦١ - يقطع في شأنها بوصف الخطأ التأديبي ودرجته المبررة للفصل بحيث لا يطالب صاحب العمل بإستظهار الخطأ التأديبي في هذه الجريمة - الموصوفة - المنسوبة للعامل كما لا يقبل من العامل نفى الخطأ التأديبي عن فعله، بما يسلب في شأنها - وفي هذه الحدود - القضاء سلطته التقديرية في تكيف الخطأ التأديبي وتحديد درجته.

وبالتالي فإن إثبات جدية المبرر، يقوم على القرينة القانونية القاطعة المستفادة من النص التشريعي وليس استناداً لما للحكم الجنائي بالادانة من حجية. دليل ذلك أن الحكم بالادانة في غير هذه الجرائم الموصوفة بالنص (م ٦١، م ٦٧ عمل) لا يثبت للجريمة الصادر في شأنها الحكم بالادانة

= تكيف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض ببقه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه، هو من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض، إلا أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.

(١٠٥) فقد ثبت للفعل وصف الجريمة دون أن يكون له وصف الخطأ التأديبي المبرر للانتهاء والعكس بالعكس.

(١٠٦) أما فيما عدا ذلك من حالات الجريمة التي تخرج عن الوصف المحدد بالنص فينطبق الأصل السابق بوجهيه.

وصف الخطأ التأديبي والذي يتم إثباته عندئذ وفقا للأصل المقرر في
إثبات جدية المبرر (١٠٧).

كما أنه ليس هناك ما يمنع صاحب العمل. في شأن الجرائم الموصوفة
بالنص والمفترض إعتبارها مبررا جديا - أن يفصل العامل بغير إنتظار
الحكم الجنائي بالادانة الحائز للحجية. وإذا حدث أن رفعت دعوى
مشروعية الفصل وصدر الحكم النهائي فيها قبل رفع الدعوى العمومية، فإن
جدية مبرر الفصل تكون مؤسسة على القرينة التشريعية بالنص دونما
سلطة تقديرية للقضاء وكل ما يتكلفه صاحب العمل هو إثبات حقيقة المبرر
- وفقا للقواعد العامة في الإثبات (١٠٨) - تحقق الفعل وتحقق نسبته للعامل
ووصفه القانوني - لأن الحكم الجنائي الحائز للحجية لم يصدر بعد.

- أما حقيقة المبرر: ونقصد بذلك ثبوت تحققه من الناحية الفعلية
وثبوت نسبته للعامل ووصفه القانوني كجريمة موصوفة، فهذا هو ما يستفاد
من الحكم الجنائي النهائي بالادانة سواء في الجريمة الموصوفة أو في
غيرها. بحيث يكفي صاحب العمل في إثبات حقيقة المبرر الإستدلال

(١٠٧) بل لو افترضنا أن الحكم الجنائي بالادانة في جريمة من غير الجرائم الموصوفة،
لثبت لها وصف الخطأ التأديبي. فإنه لا يكون لهذا القضاء حجية الشيء المحكوم به
أمام القضاء المدني، لأنه قضاء غير لازم للفصل في الدعوى الجنائية. وبالتالي
يظل للقضاء المدني سلطاته التقديرية في تكليف الفعل الثابت بالحكم الجنائي.
بمعنى أن الحكم بالادانة في غير الجرائم الموصوفة يستل منه فقط بطريقة
قاطعة على حقيقة المبرر دون جدية.

(١٠٨) طعن ١٩٣٢ / ٥١ ق جلسة ٨٢/٥/٣ في عصمت الهوارى ح ٥ ص ١٢٨ ط على
الطرف الذي ينهي العقد أن يفصح عن الأسباب التي أدت به إلى هذا الإنهاء، فإذا
لم ينكرها قامت قرينة لصالح الطرف الآخر على أن إنهاء العقد قد وقع بلا
مبرر.

بصدور الحكم النهائي بالادانة ولا يقبل من العامل في نفي تحقق الفعل أو نفي نسبته له أو مناقشة وصفه القانوني^(١٠٩) رغم حكم الادانة الصادر في مواجهته. بحيث يتمتع عليه مناقشة ما أثبتته الحكم الجنائي في جانب الركن المادى أو الركن المعنوى للجريمة بإعتبارهما ضروريان لقيام الحكم الجنائي.

هذه الدلالة مستفادة من صريح نص م ٦١ عمل التي أقامت قرينة قاطعة على حقيقة المبرر في حالة صدور الحكم النهائي بالإدانة وكذا من مقتضى حجية الحكم الجنائي^(١١٠) (م ٤٥٦ - ٢٦٥ إجراءات جنائية) التي

(١٠٩) أممية مناقشة الوصف القانوني الثابت للجريمة بحكم الادانة، تظهر في أنه إذا ثبت للفعل وصف إحدى الجرائم الواردة بالمادة ٧/٦١ عمل وم ٦٧ قامت قرينة جدية المبرر دونما سلطة تقديرية للقاضي - بينما إذا أثبت حكم الادانة للفعل وصف جريمة من غير الجرائم الموصوفة بنص م ٦١ إلى ٦٧ عمل كان إثبات المبرر رهن بثبوت الخطأ التأديبي وتقدير درجته وهو ما يخضع للسلطة التقديرية للقضاء، ليس في مناقشة الوصف القانوني للجريمة - الثابت بحكم الادانة لأن اثبات هذا الوصف بالحكم الجنائي يتمتع بالحجية، لكن في مناقشة وصفه كخطأ تأديبي ودرجة جسامته لخروجه عن حالات التمثيل للخطأ التأديبي بالنص التشريعي لقانون العمل. بل إن تطرق الحكم الجنائي بالادانة إلى إثبات وصف الخطأ التأديبي لفعل المحكوم عليه إضافة إلى تكييفها جنائياً على النحو الذى انتهى إليه يعتبر تزيداً ولا يحوز الحجية أمام القاضي المدني لأن إثبات وصف الخطأ التأديبي ليس ضرورياً للحكم بالادانة على ما بينا فيما سبق.

(١١٠) طعن ٢٨/٢٢١ ق جلسة ٢٣/٥/٢ مشار إليه في أحمد سمير أبو شادي - مجموعة مبادئ أحكام النقض ٦١ - ٦٦ - ص ٩١٢ قاعدة ١٥٢٧ الطعن ٣٦/٤٤ ق جلسة ٢٦/٢/٧٢ في السيد خلف محمد - مجموعة مبادئ أحكام النقض ٧٠ - ٧٥ - ص ٤٦٨.

بند ١٧٨٦ مفاد م ٤٥٦ إجراءات جنائية أن الحكم الصادر في الدعوى الجنائية تكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله، فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور فإنه يتمتع على المحكمة أن تعيد

تعتبر أساس هذه القرينة وبالتالي يرتبط نطاقها - قرينة حقيقة المبرر - بالحدود التي يثبت فيها للجناي الحجة أمام المني.

وفي تأكيد أن الحكم بالادانة يقتضي بالضرورة وجود الفعل الاجرامى ونسبته إلى المتهم وبالتالي يحوز الحجة في هذا الشأن أمام المني، قضى بأن "الحكم الجنائي الصادر بالادانة يدل دلالة لا تقبل نفيها على أن للفعل المسند للمتهم قد وقع فعلا، وأن نسبته إليه صحيحة، وأنه يكون جريمة معاقبا عليها، ولا يملك القاضي المدني مناقشة ذلك الحكم من ناحية من تلك النواحي طالما أن ما تعرض له الحكم كان بحثه لازما لزوما مباشرا لاصداره (١١١)".

- كذلك يحوز الحجة أمام القضاء المدني ما أنتهى إليه الحكم الجنائي في خصوص الوصف الجنائي للواقعة المطروحة أمامه، فإذا حكم بالادانة في جريمة خيانة أمانة فلا يصح للمحكمة المدنية أن تعيد تكيف الواقعة.

وإذا انتهت المحكمة الجنائية أن الواقعة جريمة تامة فلا يصح للمحكمة المدنية أن تعتبرها شروعا بمعنى أنه ليس للمحكمة المدنية أن تعدل من وصف الفعل عما انتهت إليه المحكمة الجنائية سواء بنفى وصف

بحثها، ويتعين عليها أن تعتبرها وتلتزمها في بحث الحقوق المدنية المتصلة بها لكي لا يكون حكمها مخالفا للحكم الجنائي السابق لها.

انظر د. عبد الودود يحيى - الموجز في قانون الاثبات - دار النهضة العربية - ١٩٨٨ ص ١٧٧؛ د. سليمان مرقس - أصول الاثبات واجراءاته - ط ٤ - ج ٢ ص ٢٨٦ - ٢٨٨.

(١١١) محكمة الرب الأحمر ٥٦/٦/٣٠ في الدعوى رقم ١٨٤٥ لسنة ١٩٥٣ مدني حكم غير منشور مشار إليه في د. انوار غالي للذهبي - المرجع السابق - ص ٢٤٥ - نقض ٣٩/١/١٢ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة - ج ١ بند ٣٥١ ص ٧٥.

الجريمة عنه سواء بتغيير وصفها الجنائي - وبلاحظ أن التكيف الجنائي الذي يقيد المحكمة المدنية هو ما كان لازماً لقيام الحكم الجنائي. أما إذا استطردت المحكمة الجنائية الى تكيف مسألة لم تكن لازمة لحمل قضائها، فلا يتقيد القاضي المدني بهذا التكيف^(١١٦). كما هو الحال في شأن التزديد في تكيف الجريمة بأنها مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة باعتبار أن هذا الوصف لا يمثل ركناً من أركانها اللازم تحريره لصدور الحكم الجنائي.

ويتحدد نطاق حجية الحكم الجنائي بالنسبة لما تطرق إليه من تحديد لمكان الجريمة أو زمانها أو شخصية المجنى عليه بما يعده القانون ضرورياً في التكيف الجنائي للجريمة أو في مقدار العقوبة المقررة لها أما في غير ذلك فيعتبر بياناً غير ضروري وبالتالي لا يحوز الحجية. وهو ما قد تظهر أهميته في نطاق قانون العمل الذي يعتد بمكان الجريمة كمؤشر لتحديد الخطأ التأديبي كما هو الحال في التمييز بين الجنب المرتكبة داخل أو خارج دائرة العمل أو بزمان ارتكابها حيث يختلف الأثر القانوني بحسب زمان ارتكابها (قبل أو بعد إبرام عقد العمل) كما يرتب أثراً مختلفاً بحسب

(١١٦) من المقرر قانوناً أن الحكم الصادر في الدعوى الجنائية لا يكتسب حجية الشيء المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية إلا بالنسبة لما يقتضي الفصل في تلك الدعوى بيانه فيه متى كان موضوع الدعوى المدنية هو ذات الفعل الذي تناوله الحكم الجنائي، فإذا تجاوز الحكم الجنائي نطاق الفعل المؤتم وتناول بالبحث أموراً لا يستلزمها الفصل في الدعوى الجنائية فإن قضاءه في هذه الأمور لا يلزم القاضي المدني. استئناف القاهرة ٦١/١٢/١٩ المجموعة الرسمية س ٦٠ رقم ٣٤ من ٢٤٦ مشار إليه في لوار غالي ص ٢٤٦، نقض جنائي ٧٤/٥/١٣ مجموعة النقض من ٢٥ رقم ١٠٠ ص ٤٧٠ - نقض مدني ١٩٦٨/٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض من ١٩ رقم ٥٨ ص ٤٦٨.

شخصية المجنى عليه في الجريمة (م ١/٦١ عمل) (١١٣). والأمر نفسه في شأن ما يرد بالحكم الجنائي بشأن رابطة السببية فإنه يقيد القاضي المدني حيث لا يستطيع أن يناقش رابطة السببية - المثبتة جنائياً - بين فعل المتهم والنتيجة الضارة، إلا أن هذا لا يمنع من البحث فيما إذا كانت النتيجة الضارة قد أسهم شخص آخر بفعله مع المتهم في إحداثها دون أن يكون في ذلك إخلال بالحجية (١١٤).

(١١٣) أنظر ادوار غالي الذهبي - المرجع السابق - ص ٢٥٢ - فمثلاً نجد أن الأصل أن شخصيه المجنى عليه في جرائم الأشخاص لا تعد ضرورية لقيام الحكم الجنائي سواء في تكيف الجريمة أو العقوبة وفي هذه الحدود لا يكون تحديد شخصية المجنى عليه في هذه الجرائم ملزماً للقاضي المدني. لكن قد يعمل القانون على شخصية المجنى عليه في تكيف الجريمة أو في تحديد العقوبة وفي هذه الحدود يكون تحديده بياناً ضرورياً للحكم الجنائي وبالتالي جائزاً للعقوبة. من قبيل ذلك أن جريمة القتل العمد تعتبر جنائية دائماً بحسب الأصل بغض النظر عن شخصية المجنى عليه (م ٢٣ ع). مع ذلك فإنه تعتبر - جنحة في حالة ما إذا كان المجنى عليه زوجة المتهم وتم قتلها حال ثلبسها بالزنا (م ٢٣٧ ع). - أنظر أيضاً تأثير شخصية المجنى عليه في تحديد العقوبة في جريمة الخطف م ٢٨٨ ع. وفي جريمة القذف في حق موظف عام م ٣٠٣ ع. - الأمر نفسه في شأن جرائم الأموال. وأنظر خروجاً على الأصل حيث يعتد بشخصية المجنى عليه في تكيف الجريمة أو في مقدار العقوبة: جريمة السرقة م ٣١٨ ع - م ٣١٦ مكرر ع، م ٧/٣١٧ ع - م ١/٣١٧ ع، م ٣١٢ ع. والمعيار نفسه يجد تطبيقه في بيان الحكم الجنائي لمدى الضرر أنظر ادوار غالي الذهبي ص ٢٥٦ وما بعدها.

(١١٤) وهو ما يمكن أن يتصور في نطاق علاقات العمل حيث يشمل قرار الفصل العامل الصادر ضده حكم بالادانة إضافة إلى عامل آخر لم يشمل حكم الادانة الذي لا يستطيع في نفي حقيقة المبرر عنه الاستناد إلى لتقصير الحكم بالادانة على ادانة زميله.

خطأ المدعى عليه الأول ثابت في الحكم الجنائي الصادر ضده فيكون هذا الحكم بما قرره من وقوع الفعل الخاطئ من المدعى عليه الأول قد حاز قوة الشيء المقضي أمام المحكمة المدنية طبقاً للمادة ٥٦٦ ج. إنما هذا لا يمنع المحكمة المدنية من بحث ما إذا كان الحادث قد وقع نتيجة خطأ المدعى عليه الأول أم نشأ عن خطأ مشترك جمع بينهما - ذلك أن هذا نبحت لا يخل بقاعدة حجية الشيء المقضي للحكم الجنائي محكمة الدرب الأحمر ٢٢ ٥٩/٣ - الدعوى ٨٧١ سنة ٥٨ منى في الدوار غالي الذهبي ص ٢٦٦. نصيف: نذات المبدأ فإن ما يتطرق إليه

= الحكم الجنائي إضافة لادانة المتهم من استبعاد السبب الأجنبي بتقرير أن المتهم دون غيره هو المتسبب في وقوع الجريمة وبالتأكيد على نفي خطأ الغير أو خطأ المجنى عليه لا يحوز الحجية لأنه لا يشترط لادانة المتهم أن يكون هو المتسبب وحده في وقوع الضرر وإنما يكفي لادانة المتهم أن يكون قد أسهم في إحداث الضرر وبالتالي يجوز للمحكمة المدنية - دون مخالفة لمقتضى الحجية - أن تقرر أن الغير قد أسهم في وقوع الضرر. وفي نطلق صلاطات العمل أن عاملاً آخر غير من شمله الادانة شارك في النتيجة الضارة. د. إدوار غالي ص ٢٦٨. لذلك قضى بأن استبعاد الحكم الجنائي مساهمة المجنى عليه في الخطأ أو تقريره مساهمته فيه يعتبر من الأمور الثانوية بالنسبة للحكم بالادانة. فهذه المساهمة من عدتها لا تؤثر على الادانة لكنها تؤثر على مقدار العقوبة والقاضي الجنائي غير ملزم ببيان الأسباب التي من أجلها اختار العقوبة التي حكم بها.

- الأمر نفسه فيما يثبت الحكم الجنائي من وجود السبب الأجنبي كأن يذكر أن المجنى عليه أو الغير قد أسهم بفعله مع المتهم في إحداث الجريمة. فلن ما جاء في الحكم الجنائي بشأن السبب الأجنبي يعتبر أمراً ثانوياً وبالتالي لا يحوز الحجية أمام القضاء المدني لأن السبب الأجنبي في هذه الحالة لا يؤثر إلا على مقدار العقوبة. فالقاضي المدني يستطيع أن يؤكد دائماً على غير ما جاء في الحكم الجنائي - أن المتهم هو المتسبب الوحيد في إحداث الجريمة. لذلك فإن صاحب العمل لا يستطيع استناداً لحجية الحكم الجنائي أن يفصل من اعتبره الحكم الجنائي بالبراءة بمثابة السبب الأجنبي لوقوع الجريمة في معرض تبرئة المتهم (نقض ٧٨/٥/٢٩ ص ٢٩ في حامد عكاز وعز الدين الديناصوري - المرجع السابق - ص ٤٩٧ بند ٦٣ لما كان خلو الأوراق من دليل قاطع على وجود خطأ من ألبها كاف لحمل البراءة فإن ما تزيد فيه من تقرير سبب الحادث وأنه كان وليد القوة القاهرة يكون غير لازم للفصل في الدعوى ولا يكتسب حجية أمام المحكمة المدنية".

ذلك حيث لا يكفي الحكم بالبراءة بنفسى رابطة السببية بين المتهم والجريمة بل يستلزمها لسبب أجنبي يحدده في خطأ الغير أو خطأ المجنى عليه أو السبب الأجنبي. والعكس بالعكس فيما ينفيه الحكم الجنائي من وجود السبب الأجنبي. فالراجع هنا أن الحكم بالبراءة فيما أثبتته من قيام السبب الأجنبي لا يحوز الحجية لأن إثبات السبب الأجنبي ليس ضرورياً لبراءة المتهم والتي تكفي لتأسيسها إثبات عدم قيام الخطأ في حق المتهم. وبالتالي لا تقوم قرينة على مشروعية الإنهاء في هذه الحالة استناداً لحجية الحكم الجنائي بالبراءة المثبت للسبب الأجنبي، بل يتعين على صاحب العمر الذي فصله أن يقيم الدليل على حقيقة المبرر وجدبته في حقه وهو ما يتم تقديره من القاضي المدني إستقلاً عن حجية الحكم الجنائي. أنظر إدوار غالي ص ٢٦٦ ٢٧٦

وعلى مستوى الركن المعنوي فإن الحكم بالادانة يفيد بالضرورة أن المتهم كان وقت ارتكاب الفعل أهلا للمسئولية الجنائية، ومن ثم فلا يجوز للقاضي المدني أن يقرر أن المتهم كان وقت ارتكاب الجريمة مجنونا أو في حالة غيبوبة أو صغيرا غير مميز.

كما أن الحكم الصادر بالادانة يفيد أن المتهم قد اتجهت إرادته على نحو مخالف للقانون سواء في صورة القصد الجنائي أو للخطأ غير العمدى.

ويحوز الحكم بالادانة الحجية في شأن ما يثبت عنه طبيعة الخطأ طالما كان تحديده ضروريا في التكييف القانوني للجريمة أو في تحديد مقدار العقوبة.

وعلى العكس فإنه حيث لا يكون لتحديد طبيعة الخطأ أهمية في تفسير الوصف القانوني للجريمة ولا في مقدار العقوبة، فإن القاضي المدني لا يلتزم بما يقرره الحكم الجنائي بشأن طبيعة هذا الخطأ. فمثلا إذا قرر الحكم الجنائي أن الخطأ المنسوب إلى المتهم في جريمة الحريق بإهمال يعد خطأ جسيما، فلا يلتزم القاضي المدني بهذا الوصف، بل يجوز له أن يعتبره خطأ جديا لم يبلغ درجة الخطأ الجسيم.

وهو ما قد يكون له أثره في نطاق علاقات العمل حيث يتبنى قانون العمل فكرة تدرج الخطأ التأديبي (يسير. جدى. جسيم). ومن قبيل تأثير وصف الخطأ على تكييف الجريمة أن ينتهى الحكم الجنائي بالادانة إلى

اعتبار الوصف جنابة قتل عمد أو حريق عمد أو بالعكس جنحة قتل خطأ فلا بد من التزام المدنى بهذا أو ذلك.

وفى نطاق تحديد طبيعة الخطأ بمناسبة تقدير العقوبة ما جاء فى م ٢٣٠ ع، ٢٣٤ ع، فى شأن جرائم القتل وم ٢٤١ ع فى شأن جرائم الضرب. وفى تبنى هذا الاتجاه قضت محكمة القاهرة الابتدائية بهيئة استئنافية بأن "بيان جسامة الخطأ فى الحكم الجنائى يقيد القاضى المدنى إذا كانت هذه الجسامة ضرورية لقيام الحكم الجنائى بأن كان وصف الحكم الجنائى 'الحقلاً بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر فى وصف الجريمة ذاتها، ولا يقيد الحكم الجنائى القاضى المدنى إذا وصف الخطأ بأنه جسيم أو يسير لأن هذا ليس من شأنه أن يؤثر فى الحكم الجنائى، وإن أثر فى تقدير العقوبة، ولأن الحكم الجنائى حجة فقط فى وقوع الجريمة ممن نسبت إليه ولا يتعدى إلى ما كان بحثه ليس -لزاماً- لزوماً مباشراً للحكم فى الدعوى العمومية بالادانة أو بالبراءة" (١١٥).

(١١٥) محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٢/٣٠ فى الاستئناف رقمى ١٩٦١ سنة ١٩٥٦ و ١٣٣٢ سنة ١٩٥٧ غير منشور مشار إليه فى لولر غالى ص ٢٧٩.

والرأى فى شأن ما تقرره المحكمة الجنائية بشأن وجود الظروف المخففة أنه يعتبر بياناً ثنائياً بالنسبة للحكم الجنائى^(١١٦) ولا يقيد المحكمة المدنية التى تستطيع أن تقرر أن المتهم لا يشفع له أى ظرف مخفف على الرغم مما قرره المحكمة الجنائية بشأن وجود هذا الظرف. وهو ما قد يكون له أثره فى شأن الحكم بالادانة فى خارج الجرائم الموصوفة؛ إذ قد تثبت أو تنفى المحكمة المدنية لظرف ما وصف الظرف المخفف والمؤثر على درجة الخطأ المستفاد من سلوك العامل الجائى بغير مخالفة للحجية.

على العكس فإن الأعدار المخففة والمؤثرة فى العقوبة المقررة قانوناً للجريمة يعتبر إثبات وجودها فى حكم الادانة بياناً ضرورياً لقيام الحكم الجنائى وبالتالي يحوز الحجية (م ٢٣٧ ع - ٢٠٤ ع) والأمر نفسه فى خصوص الظروف المشددة التى تؤثر سواء على تكيف الجريمة (م ٣١٤ ع - م ٣٦٩ ع) أو على مقدار العقوبة المقرر قانوناً (٢٣٠ ع - ٢٣٣ ع - م ٣١٧ ع) حيث تعتبر بياناً ضرورياً للحكم الجنائى وبالتالي ملزماً على النحو الذى جاءت به للقاضى المدني^(١١٧).

(١١٦) لأن الظروف المخففة متروك تقديرها للمحكمة وهى حرة فى تطبيق م ١٧ ع أو عدم تطبيقها حسبما تملوه عليها عقيدتها بتوافر الظروف أو تخلفها. كما أنها غير ملزمة ببيان موجبات الرأفة التى دعتها إلى تخفيض العقوبة طالما أنها داخلته فى الحدود التى رسمها القانون بل لا يتعين عليها الإشارة لاستخدامها م ١٧ ع فيما قرره من عقوبة.

(١١٧) انظر ادوار غالى الذهبى ص ٢٨٦.

مطلب ثانى

العوارض غير المؤثرة على دلالة الحكم الجنائى النهائى بالإدانة

نبرز فى هذا المقام ما قد يعرض للحكم النهائى بالإدانة سواء فى صورة: وقف تنفيذ للعقوبة.

- أو إقضاء الالتزام بتنفيذها سواء للعفو عنها سواء لتقدمها، ثم نعرض لأثر عدم ظهور الحكم الجنائى النهائى بالإدانة فى صحيفة الحالة الجنائية للمحكوم عليه، باعتباره السابقة الأولى له، على الخطأ التأديبى فى حق العامل.

وسننتهى إلى أن جميع هذه العوارض غير مؤثرة على دلالة الحكم النهائى بالإدانة على الخطأ التأديبى.

أولاً : أثر وقف تنفيذ العقوبة على دلالة الحكم النهائى بالإدانة:

على ما قدمنا تقوم القرينة القانونية على ثبوت الخطأ التأديبى فى حق العامل بمجرد صدور الحكم النهائى بالإدانة فى إحدى الجرائم الموصوفة بالنص (م ٧/٦١ - م ٦٧ عمل) بغض النظر عن نوع العقوبة المقضى بها.

يثور التساؤل عن أثر إقتران الحكم النهائى بالإدانة بوقف تنفيذ العقوبة - الذى قد يكون قاصراً على العقوبة الأصلية أو شاملاً بالإضافة لذلك للعقوبات التبعية ولجميع الآثار الجنائية، على دلالة هذا الحكم على الخطأ التأديبى خلال مدة وقف التنفيذ (١١٧).

على خلاف قانون العاملين المدنيين بالدولة^(١١٨) ٧٨/٤٧ م (٧/٩٤) - م ٧/٩٦ من قانون العاملين بالقطاع العام - الذى استبعد دلالة الحكم الجنائى بالادانة على الخطأ التأبىي كسبب لإنهاء الخدمة فى حالة اقتران الحكم بوقف التنفيذ سواء اقتصر على العقوبة الأصلية أو جاء شاملا لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية، ولقانون شركات قطاع الأعمال العام - ٩١/٢٠٣ م ٤/٤٥ - الذى رتب نفس الأثر فى حالة اقتران الحكم بوقف التنفيذ الشامل، فلقد خلى قانون العمل من نص مقابل.

(١١٨) ومواده أنه لا يجوز إنهاء خدمة العامل فى هذه الحالة استنادا لإدائته، والقرار الصادر على خلاف ذلك يكون معدوما لا أثر له. ويعتبر هذا النص مستحدث فى القانون الحالي حيث مد الأمر بعدة مراحل: المرحلة الأولى: حيث خلى القانون من نص يبين أثر اقتران حكم الادانة بوقف التنفيذ. [القانون ١٩٥١/٢١٠ م ٨/١٠٧]. كنا نرصد فى هذه المرحلة اختلاف فى تفسير النص تميزا بين أثر وقف تنفيذ العقوبة الأصلية حيث أجمع الفقه على أنه لا أثر له على دلالة الحكم لأن وقت التنفيذ قلصر على العقوبة الأصلية فقط دون الآثار المدنية أو الادارية للحكم، وبين أثر وقف التنفيذ الشامل للعقوبات التبعية على دلالة الحكم بالادانة حيث اختلف الفقه والقضاء إلى أكثر من اتجاه. المرحلة الثانية: صار إنهاء خدمة العامل جوازيا للسلطة المختصة. هذا الجواز احتفظ به الآن فى خصوص التعيين فى الوظيفة العامة (م ٢/٢٠ عاملين مدنيين بالدولة).

المرحلة الثالثة: أصبح ممنوعا إنهاء خدمة العامل إستنادا للحكم بالادانة إذا ما شمل بوقف التنفيذ ولو اقتصر على العقوبة الأصلية وحدها. وفى ذلك أنفق قانون العاملين المدنيين بدولة (م ٧/٩٤) مع العاملين بالقطاع العام (٧/٩٦). مرحلة أخيرة: ظل الأمر على ما هو عليه فى قانون العاملين المدنيين بالدولة. بينما أصبح وقف التنفيذ الشامل وحده هو المانع من الاستناد للحكم بالادانة فى احدى الجرائم الموصوفة لإنهاء خدمة العامل فى قانون شركات قطاع الأعمال العام (م ٤/٤٥).

أنظر فى ذلك د. زكى محمد النجار - المرجع السابق - ص ٢٢٢. د. محمود حلمى نظام العاملين المدنيين بالجهاز الادارى والقطاع العام ١٩٧٤ ط ٢ ص ٦٤، ص ٣١٤. د. خميس السيد إسماعيل - المرجع السابق - ص ٢١٠، المبتشار أحمد شوقى الملاجى - الوسيط فى التشريعات الاجتماعية - ١٩٨٤ - ص ٧٠٦ - ٧٠٧.

ذلك ولقد اختلف فقهاء قانون العمل فى أثر وقف تنفيذ العقوبة إلى أكثر من رأى:

ذهب البعض (١١٩): إلى أنه إذا قضى نهائيا بوقف التنفيذ فإنه يتمتع على صاحب العمل إنهاء العقد (١٢٠) طبقا لهذا النص سواء اقتصر وقف التنفيذ على العقوبة الأصلية أم أمتد للعقوبات التبعية.

ذلك لأن الحكم بوقف التنفيذ ينبئ عن إقتناع القاضى بأن أخلاق العامل المتهم وماضيه أو الظروف التى ارتكب فيها الجريمة تبعث على الاعتقاد بأنه إن يعود لمخالفة القانون وبالتالي من الواجب إسباح المجال أمام هذا العامل لمواصلة العمل الشريف بدلا من قلع رزقه وتعرضه لإحتمال العودة إلى الجريمة. خاصة أن الجريمة أقوى من المخالفة التأديبية وأولى بالشخص المحكوم عليه المقرر وقف تنفيذ العقوبة الجنائية الصادرة تجاهه إلا يترتب قبله أى آثار أخرى. كما أنه لا يجوز إعادة النظر فى الظروف التى دعت للحكم الجنائى الى وقف تنفيذ العقوبة.

بينما ذهب البعض الآخر (١٢١): إلى أن وقف التنفيذ الشامل وحده هو الذى يتمتع معه إنهاء خدمة العامل استنادا للحكم بالادانة. وذلك قياسا على حالة الموظف الذى يتمتع عزله إذا أوقف بتنفيذ الحكم الصادر ضده وكان هذا الإيقاف شاملا للعقوبات التبعية ومنها العزل.

(١١٩) د. على عوض حسن - التوجيه فى شرح قانون العمل - ١٩٨٢ - ص ٣٤٥.

(١٢٠) يقصد أنه لا يكون إنهاء مشروعا.

(١٢١) د. كامل بدوى ح ١ ص ٣٨٩ د. أحمد خليفة بيومى - المرجع السابق - ص ٣٣٥.

أساس ذلك لديهم، أن انتهاء الخدمة لا يعدو أن يكون عقوبة تبعية أو أثرا من آثار الحكم الجنائي وما دامت هذه العقوبة أو هذا الأثر قد أوقف تنفيذه إيقافا شاملا فلا يجوز إنهاء خدمة العامل كآثر للحكم. وأن القول بخير ذلك فيه إهدار لحجية الحكم الجنائي الواجب إحترامها في جميع المجالات سواء الجنائي أو الإداري أو غيرها^(١٢٣). ولقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن هذا المعنى بقضائها^(١٢٤) أنه إذا أمر الحكم الجنائي بأن يكون إيقاف تنفيذ العقوبة شاملا لجميع الآثار الجنائية أنصرف هذا الأمر الى جميع العقوبات التبعية وغيرها من الآثار الجنائية التي تترتب على الحكم المذكور سواء ورد النص عليها في قانون العقوبات أم في غيره من القوانين. ذلك أن طبيعتها جميعا واحدة ولو تعددت التشريعات التي تنص عليها ما دامت كلها من آثار الحكم الجنائي. وإن انتهاء خدمة الموظف بالتطبيق لحكم م ٨/١٠٧ من القانون ٥١/٢١٠ في شأن موظفي الدولة، إذا حكم عليه في جنابة أو في جنحة مخلّة بالشرف، إن هو إلا أثر من آثار الحكم الجنائي الذي يصدر بالادانة.

(١٢٢) ف.ج. في ٦٥/٥/١٢ من ١٩ من ٣٩٨ ب ١١٢ مشار إليها في عبد الوهاب البنداري ص ٢٩٠، محمد محمود فهمي - تطور قوانين العاملين بالقطاع العام - ١٩٧٣ ص ٧١٠ والفتاوى والأحكام المشار إليها فيه: - أ.ع. في القضية ١٠/٣٢٠ ق. الحكم الصادر من محكمة الجنابات بحبس العامل إذا نص على وقف تنفيذ العقوبة على أن يكون شاملا لجميع الآثار الجنائية المترتبة على هذا الحكم، فإن مودى إحترام حجية هذا الحكم هو إبقاء العامل في وظيفته لأن انتهاء الخدمة يعتبر من الآثار الجنائية التي أوقف الحكم تنفيذها؛ ف.ج. ٦٥/٥/١٣ مشار إليها في نفس المرجع بعض أحكام المحكمة الإدارية العليا في مرحلة ثانية من قضائها: أ.ع. ١٤١٣ س ٧ في ٦٥/٤/٢٤ من ١٠ ص ١١١٣ ب ١١٠، أ.ع. ٣٢٠ من ١٠ في ٦٥/٣/٢٧ من ١٠ ص ٩١٣ ب ٩٢.

(١٢٣) أ.ع. ٩٢٥ من ١٣ في ٧٠/١/١٧ من ١٥ ص ١٥٨ ب ٢٦.

في المقابل ذهب رأى آخر^(١٢٤) نقف في صفه: الى أن وقف تنفيذ لا يؤثر على دلالة الحكم الجنائي البات بالادانة على الخطأ التأديبي في حق العامل وبالتالي ليس هناك ما يمنع من الاستناد إليه لإنهاء عقد العمل أو لرفض التعاقد معه.

أساس ذلك، أن وقف تنفيذ العقوبة الأصلية أو امتداده للعقوبات التبعية لا ينفى أو يمحو مسئولية المحكوم عليه عن الجريمة^(١٢٥) بل لا ينفى استحقاقه للعقاب، بدليل أنه يظل مهتداً بتنفيذ العقوبة عليه إذا ما ألغى وقف التنفيذ (م ٥٦ ع). ذلك لأنه يفترض إدانة المحكوم عليه، كل ما في الأمر أن القاضي يقرر أن الهدف من العقوبة من إيلام وإصلاح يتحقق بترجيح أكبر - بالنظر لظروف المحكوم عليه - بمجرد التهديد بتنفيذ العقوبة عليه في حالة عدم التزامه السلوك السوي خلال ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً. بناء عليه لا يقبل من المحكوم عليه أن يطلب رد إعتباره أثناء مدة الوقف، إذ يتنافى ذلك مع طبيعة وقف التنفيذ

(١٢٤) د. اسماعيل غنام - قانون العمل - ص ٤٣٦، د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص ٢٥٦؛ أحمد شوقي المايحي ص ٢٤٦، ٤٧٩؛ د. محمد عماد محمد أحمد البربري - رسالة: أثر انتهاء عقد العمل - ١٩٨١ ص ٣٨، د. حسام الأهواني ص ٤٤٠؛ د. فتحي المرصفاوي ص ٤٣٠؛ دنيا المباركة ص ٢٥٥؛ د. فتحي عبد الصبور - الوسيط في قانون العمل - ١٩٨٥ - ص ٧٩٥.

(١٢٥) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية ط ٥ - ١٩٨٢ - ص ٨٣١؛ هذا النظام تنصرف آثاره المباشرة إلى إجراءات تنفيذ العقوبة وتؤدي هذه الآثار إلى عدم إتخاذ هذه الإجراءات؛ د. محمد زكى أبو عامر - قانون العقوبات - القسم العام - دار المطبوعات الجامعية ط ١ ١٩٨٦.

الذى يفترض التهديد بتنفيذ العقوبة خلال تلك المدة فى حين أن رد الاعتبار يعنى أن للحكم أصبح كأن لم يكن.

وطالما أن وقف التنفيذ ينصرف أثره إلى العقوبة فيعمل على إيقاف تنفيذها دون أن ينفى عن المحكوم عليه ارتكابه للفعل وإدائته عنه ودون أن يرفع عن الفعل وصف الجريمة الذى هو مبنى الحكم بالادانة وهو فى نفس الوقت أساس الاستدلال من حكم الادانة على الخطأ التأديبى، فلا يجوز تعطيل دلالة حكم الادانة - المشتمل على وقف التنفيذ - على الخطأ التأديبى.

أضف إلى ذلك فإن فصل العامل يعد جزاء تأديبياً - يترخص صاحب العمل فى توقيعه على العامل بعد ثبوت ادائته - وليس أثراً جنائياً للحكم الجنائى يقرر بقوة القانون، ويشمله وقف تنفيذ العقوبة الذى يقتصر على إيقاف الآثار الجنائية للحكم^(١٢٦). خاصة أن العلة فى فصل العامل فى هذه الحالة ليس هو الإنقطاع عن العمل بتنفيذ العقوبة السالبة للحرية إنما فى دلالة ثبوت ارتكاب العامل للجريمة - الموصوفة - على إخلال الثقة فيه وإخلالها بحسن سير العمل فى المشروع. بمعنى أن الاستدلال على الخطأ التأديبى يأتى أثراً للادانة - فى جريمة من الجرائم الموصوفة^(١٢٧) -

(١٢٦) د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٨٢٩ ٣ مجال لوقف التنفيذ بالنسبة للآثار المدنية أو الإدارية للحكم، ذلك أنه نظام جنائى بحث لا شأن له بالآثار غير الجنائية للحكم.

(١٢٧) أو فى غيرها إذا ما ثبت وصف الخطأ التأديبى له.

وليس أثرا للعقوبة وبالتالي فهو لا يرتبط بها في شمولها بالتنفيذ أو بالحكم بإيقافها كعقوبة أصلية أو امتداده للعقوبات التبعية.

ويمكن أن نورد في مصاف الحجج التي نستند إليها ما إنتهت المحكمة الإدارية العليا إليه - في مرحلة مراحل قضائها - على خلاف الرأي الغالب في خصوص أثر وقف التنفيذ الشامل^(١٢٨) على دلالة الحكم بالإدانة في ظل القانون ٥١/٢١٠ من أنه^(١٢٩): "أن وقف تنفيذ الآثار المترتبة على الأحكام الجنائية بالتطبيق م ٥٥ وما بعدها لا يشمل إلا العقوبة التبعية والآثار الجنائية المترتبة على الحكم، فلا يتعداها إلى الآثار الأخرى سواء أكانت هذه الآثار من روابط القانون الخاص أو من روابط القانون العام أي سواء كانت مدنية أو إدارية ... وبالتالي فالحكم الجنائي الصادر بوقف تنفيذ

(١٢٨) في ظل هذا القانون الذي خلى من نص يبين أثر وقف التنفيذ على دلالة الحكم بالإدانة على الخطأ التأنيدي كمبرر لانتهاء خدمة الموظف، أجمع للفقهاء والقضاة على أن وقف تنفيذ العقوبة الأصلية لا يؤثر على دلالة الحكم بالإدانة على الخطأ التأنيدي وبالتالي بسبب إنهاء خدمة الموظف. على اعتبار أن وقف التنفيذ كالمصر على العقوبة الأصلية دون الآثار المدنية أو الإدارية للحكم. أ.ع ١٤١٣ في ٢٤/٥/٦٠ (في ١٠ سنوات) من ٢٣٢٨.

بينما اختلف في شأن أثر وقف التنفيذ الشامل، حيث اتجه الرأي الغالب إلى أن إيقاف التنفيذ الشامل يشمل عدم جواز إنهاء خدمة العامل الواردة في م ١٠٧ في القانون ٥١/٢١٠ لأنها لا تعدو أن تكون عقوبة تبعية أو أثرا للحكم الجنائي يمتد إليها أثر الوقف تبعاً لغيره من الآثار الجنائية.

(١٢٩) ٥٨/٧/١٢ مشار إليه في د. سليمان الطماوى - لقضاء الإدارى. الكتاب الثالث - قضاء التأديب دراسة مقارنة - ١٩٨٧ - ص ٢٦١ وغيره من الأحكام المشار إليها في نفس المرجع.

هذا لا يمنع أن المحكمة الإدارية العليا قد عدلت في أحكام لاحقة عن هذا الرأي وانضمت لرأي الجمهور من أن الحكم بوقف التنفيذ الشامل للآثار الجنائية ينتج أثره في كلا المجالين الجنائي والإداري بالنظر لأن هذه الآثار وإن وردت في قوانين مختلفة إلا أنها من طبيعة واحدة وبالتالي فلا تنتهي خدمة الموظف في هذه الحالة. أ.ع ٣٢٠ ص ١٠ في ٢٧/٢/٦٥، أ.ع ٩٢٥ ص ١٣ في ١٧/١/١٩٧٠ ص ١٥ من ١٥٨ ب ٢٦ مشار إليه في عبد الوهاب البنداري ص ٣٠٠.

العقوبة ويوقف جميع الآثار القانونية المترتبة على الحكم، لا يقف حائلا بين الجهة الادارية وبين حقها فى فصل العامل المحكوم عليه لإرتكاب جريمة مخلة بأشراف، ما دام قد تحقق هذا الموجب".

ثم إن المحكمة الادارية العليا حتى بعد صدور قانون العاملين الجديد رقم ٧٨/٤٧ الذى منع الادارة من فصل العامل استنادا للحكم الجنائى إذا ما اقترن بوقف تنفيذ العقوبة، اتجهت إلى أن هذا لا يمنع الادارة من مسألة العامل تأديبيا استنادا لذات الفعل الصادر بمناسبة الحكم بالادانة، فيما إذا قدرت كون هذا الفعل له وصف المخالفة التأديبية من الناحية الادارية (١٣٠) وجه استدلالنا بحكم المحكمة العليا أنها قدرت أن الحكم بوقف تنفيذ العقوبة لا يحول دون الاستدلال على الخطأ التأديبى من الحكم بالادانة وبالتالي توقيع جزاء تأديبى على العامل مما هو دون الفصل. وفى هذا تأكيد على إنفصال الآثار الجنائية التى توقف نتيجة لوقف تنفيذ العقوبة عن الآثار التأديبية التى لا تتأثر بوقف تنفيذ العقوبة. فإذا أخذ بهذا فى ظل قانون العاملين المدنيين رغم نص م ٧/٩٤ فهو ادعى بأن يعمل به فى نطاق قانون العمل الذى خلى من نص مماثل لآثر وقف التنفيذ.

(١٣٠) فتوى ٣٦٠١ فى ٦/٢٢/٦٥ ملف ٢٧٧/١/٧، أ.ع. ٢٢٠ لسنة ١٠ و ٦٢٥ لسنة ١٠ فى ٢٧/٢/٦٥ مشار إليه فى البندارى ص ٣٥٩.

ثانيا: أثر إنقضاء الالتزام بتنفيذ العقوبة على دلالة الحكم الجنائي
النهائى بالادانة

يجمع أسباب إنقضاء الالتزام بتنفيذ العقوبة بالتقادم أو بالعفو عنها، أن هذه الأسباب يقتصر أثرها على الالتزام بتنفيذ العقوبة دون أن يمس الوجود القانونى لحكم الادانة فيظل قائما منتجا لأثاره - عدا تنفيذ العقوبة، وتظل له دلالاته ونتائج في نطاق المسؤولية التأديبية.

١ - أثر العفو عن العقوبة على دلالة الحكم الجنائي للنهاى بالادانة
وفقا للمادة ١٤٩ من الدستور (١٣١) فإن لرئيس الجمهورية حق العفو عن العقوبة أو تخفيفها.

والأصل أن قرار العفو لا يسقط العقوبات التبعية والآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم بالادانة ما لم ينص فى أمر العفو على خلاف ذلك (م ٧٤ ع (١٣٢)).

- وفى تتبع أثر العفو على دلالة الحكم بالادانة، نجد أن الإجماع منعقد على أن العفو الذى يقتصر على العقوبة الأصلية يقتصر أثره على

(١٣١) سبتمبر ١٩٧١ م (٧٤) وم ٧٥ ع.

(١٣٢) نرى أنه فى غياب تقنين التشريع المصرى للحدود الإسلامية، فإن الأولى به فى القليل أن يستبعد هذه الجرائم من نطاق العفو عن العقوبة والعفو الشامل ووقف تنفيذ العقوبة على اعتبار أنها جرائم تمس حق خالص لله، بما لا يجوز المساس بالعقوبة المقررة لها بالزيادة أو النقصان أو العفو عنها من أى شخص أو من أى سلطة.

هذه العقوبة سواء بإسقاطها كلها أو بعضها سواء بإيدائها بأخف منها (١٣٣) دون أن يمحو الصفة الجنائية التي تظل عالقة بالفعل في ذاته ودون أن يرفع عن المحكوم عليه ما لحقه من إدانة لأن العفو لا يرفع الحكم ولا يمحوه (١٣٤) بدليل أن المحكوم عليه المعفو عنه يظل صاحب مصلحة في طلب رد إعتباره بعد لقضاء المدة القانونية على صدور العفو (م ٥٣٧/ثانية إجراءات جنائية)، وبالتالي يظل للحكم الجنائي الصادر بالادانة حجيته أمام القضاء التأديبي فيما تناوله من ثبوت الجريمة ووصفتها. القانوني ونسبها إلى المحكوم عليه ويصح الاستدلال منه على ثبوت الخطأ التأديبي في حق العامل ومؤذاته بناء عليه. ولا يترتب على العفو عن العقوبة وجوب إعادة العامل بعد فصله (١٣٥) كما لا يتغير وصف فصله استنادا للعفو عن العقوبة إذا لم ترفع دعوى المنازعة في مشروعية الفصل (إلا بعد

(١٣٣) ارتباط العفو بالعقوبة يجعل أنه لا محل له في شأن من نفذ عقوبته كلها أو سقطت بالتقادم أو ممن انقضت بالنسبة له مدة وقف التنفيذ دون أن يلغى الوقف. د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - ط ٥ - ص ٨٨٨. وفي شأن العقوبة التي صدر العفو عنها يسرى أثره بأثر مستقبل دون محاسن بما نفذ منها.

(١٣٤) نقض ٥٨/٢/٤ من ٩ رقم ١ من ١ "العفو عن العقوبة لا يمكن أن يمس القفل في ذاته ولا يمحو الصفة الجنائية التي تظل عالقة به ولا يرفع الحكم ولا يؤثر فيما نفذ من عقوبة بل يوقف دون ذلك جميعاً" د. محمود حلمي - المرجع السابق - ص ٣١٩ د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - ط ٥ - ص ٨٨٥ يُقتصر أثر العفو على الالتزام بتنفيذ العقوبة فيسقطه، ولا يمتد تأثيره إلى حكم الادانة الذي يظل على الرغم من العفو قائماً منتجاً جميع آثاره التي لم يتناولها العفو.

د. روف عبيد - مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري - ط ٣ - ١٩٦٥ - ص ٧٣٤ "العفو عن العقوبة ينصرف للعقوبة أما العفو الشامل فهو ينصرف بالضرورة إلى نفس الواقعة فيسقط صفاتها الجنائية". (١٣٥) في القليل لأن العفو عن العقوبة - بنوعيه - ليس له إلا أثر مستقبل دون أن يمس ما نفذ من العقوبات، على إفتراض إعتبار الفصل التأديبي من بين الآثار الجنائية للحكم. مع احتفاظ صاحب العمل بسلطته التقديرية في الحق في اعادته من عدمه دون رقابة لاحقة من القضاء.

صدر العفو. وهذا ما اتجهت إليه الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في ١٩٦٦/٥/٤ (١٣٦) في فتاها مقرر أن العفو الصادر بقرار من رئيس الجمهورية لا يمحو الجريمة ذاتها أو يزيل عنها الصفة الجنائية التي تظل عالقة بها، كما أنه لا يمحو الحكم الصادر بالادانة الذي يظل قائما. ومن ثم فإنه لا يترتب على القرار الجمهوري الصادر بالعفو سوى إسقاط العقوبة الأصلية، أو ما بقي منها، وكذلك العقوبة التبعية والآثار المترتبة على الحكم، وذلك بالنسبة إلى المستقبل فقط. ولا يترتب عليه إسقاط العقوبات التي نفذت أو الآثار التي وقعت في الفترة السابقة على صدوره.

وعلى ذلك فإنه لا يترتب على قرار العفو (البسيط) محو الآثار الخاص بإنهاء خدمة الموظف للحكم عليه في جنائية، والذي يعتبر أثرا فوريا، يقع مباشرة بقوة القانون كنتيجة حتمية للحكم الجنائي، ويستنفذ غرضه - بقطع الرابطة الوظيفية بين الموظف المحكوم عليه وبين الدولة - بمجرد وقوعه.

- بل إننا نرى أنه يصح إنهاء عقد العامل إنهاء مشروعاً، استناداً للحكم بالادانة في جريمة من الجرائم الموصوفة - ولو تأخر هذا الانتهاء إلى ما بعد صدور قرار العفو عن العقوبة ما لم يستفد من هذا التراخي تنازل صاحب العمل عن الاستناد للخطأ التأديبي الواقع من جانب العامل.

(١٣٦) س ٢٠ ص ٢٦٣. مشار إليها في د. سليمان الطملوي - قضاء التأديبي - ٨٧ - دار الفكر العربي - ص ٢٦٦.

وأساس رأينا أن سبب الانتهاء يتمثل في ثبوت ارتكاب العامل لجريمة من الجرائم الموصوفة - وهو ما تؤكد بحكم الادانة - مع مالها من دلالة على اختلال الثقة في العامل والاضرار بحسن سير العمل داخل المشروع، استقلا عن العقوبة المقررة، وبالتالي فإن من العفو عن العقوبة لا يحو سبب الانتهاء أو يزيله بما لا يمنع من الاستناد إليه في إجراء الإنهاء^(١٣٧).

- أما العفو الذي يتضمن إسقاط العقوبات التبعية والآثار الجنائية الأخرى بجانب العقوبة الأصلية، فلقد أثار ذات الخلاف الذي عرضنا له في خصوص وقف تنفيذ العقوبة حيث يكون شاملا للآثار الجنائية للحكم وللعقوبات التبعية.

وفي هذا المقام نرجع ذات الرأي من أن العفو الذي يشمل العقوبات التبعية لا ينصرف للآثار المدنية أو التأديبية الناشئة عن الإدانة وبالتالي إمكان الاستناد إليه لفصل العامل فصلا مشروعا^(١٣٨). ونضيف لما تقدم أن

(١٣٧) وسنعرض تفصيلا لذلك في شأن سلطة رب العمل بعد صدور الحكم النهائي، وكيف أن الانتهاء لا يقع بقوة القانون وكيف أن مباشرته رخصة لصاحب العمل وليس أثرا أليا للحكم الجنائي حتى نقول بمحوه أو بزاله تبعا للعفو.
بل إننا نؤيد في مجال الوظيفة العامة الرأي القائل بأنه المركز القانوني الخاص بانهاء رابطة التوظيف لا يقع بقوة القانون وإنما ينشأ بقرار إداري يتمثل بسببه في صدور حكم الادانة في جريمة من الجرائم الموصوفة.
أ.ع. في ٦٥/١/١٠ من ١٠ ص ٣٩٢ مشار إليه في د. سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٢٦٧.

(١٣٨) انظر أ.ع. ٩٧٨ ص ٨ في ٦٥/١/١٠ من ١٠ ص ٣٩٢ ب ٤٣ مشار إليه في المستشار عبد الوهاب البندارى ص ٥٢٦ وف. الشئون الداخلية والسياسية لمجلس الدولة ٦٩٠٦ في ٥٣/١١/١٨ مشار إليها في البندارى ص ٥٢٤ إذا صدر قانون بالعفو الشامل عن الجرائم الجنائية التي ارتكبت في فترة معينة وكان ممن يشملهم

الجزاء التأديبي بالفصل من الخدمة لم يرد ضمن العقوبات التبعية الواردة في م ٢٤ع وبالتالي لا يدخل ضمن الآثار الجنائية التي قصد اليها العفو.

وقضت المحكمة الادارية العليا بأن "القرار الجمهوري بالعفو عن العقوبة - حتى لو نص على شمول العفو للعقوبات الأصلية والتبعية والآثار الجنائية الأخرى - فإنه لا ينصرف إلى الآثار المدنية أو الادارية الناشئة عن الجرائم الجنائية المحكوم فيها بالادانة، ومن بين هذه الآثار الادارية فصل العامل من الخدمة"^(١٣٩).

ثم إن الأساس القانوني للجزاء التأديبي يظل هو ثبوت ارتكاب العامل للجريمة الموصوفة بالمعتبرة خطأ تأديبيا وهو ما لا يحووه العفو الشامل للعقوبة التبعية. دليل ذلك أن صاحب العمل تظل ثابتة له سلطاته التأديبية في محاسبة العامل عن ما ينسب اليه من جريمة بغیر النظر حكم الادانة، على أن يتولى اثبات حقيقة المبرر وفقا للقواعد العامة في الإثبات. فكيف يحرم صاحب العمل من ممارسة سلطاته التأديبية^(١٤٠) بعد أن أصبح ارتكاب

= العفو موظف عمومي علاقته الإدارة تأديبيا عن هذه الأفعال المكونة للجريمة الجنائية التي شملها العفو، فإن هذا الجزاء التأديبي لا يجوز رفعه، ذلك أن قانون العفو الشامل لا يحو عن الفعل المعاقب عليه إلا صفة الجريمة الجنائية دون وصف الجريمة التأديبية التي تبقى لاحقة بالفعل في ذات الوقت. هذا الرأي أولى بالتأييد حيث يقتصر العفو على العقوبة ولو شاملة للعقوبات التبعية لأنه يبقى على الصفة الجنائية للفعل ولا يزيل حكم الإدانة الذي هو أساس ثبوت وصف الخطأ التأديبي وهو ما لا يحووه العفو الشامل للعقوبات التبعية.

(١٣٩) أ.ع ١٩٧٨ لسنة ٨ في ٦٥/١/١٠، س ١٠ ص ٣٩٢ ب ٤٣.

(١٤٠) بمعنى اعتبار ما يصدر منه من فصل، استنادا لحكم الادانة الذي تبعه عفو عن العقوبة الأصلية والتبعية، فصلا غير مشروع.

العامل للجريمة - وبالتالي خطأه التأديبي - مقطوعاً به بصدر حكم الادانة، بحجة صدور عفو لاحق عن العقوبة الأصلية والعقوبات التبعية. أضف إلى ذلك، فإن اعتبارات العفو عن العقوبة مستقلة في جميع الأحوال عن الاعتبارات المهنية في تكيف الخطأ التأديبي والتي قدر المشرع توافره في حالة ثبوت جريمة من الجرائم الموصوفة في حق العامل.

كذلك فإنه من المتفق عليه أن العفو ولو شاملاً للعقوبات التبعية لا يمس حقوق الغير التي ترتبت لهم من ارتكاب الجريمة. ومن هذا حق صاحب العمل في مواخضة العامل المرتكب للجريمة المعتبرة خطأ تأديبياً سواء لكونها من الجرائم الموصوفة والمفترض للخطأ التأديبي في شأنها سواء لكونها من الجرائم غير الموصوفة إذا ما ثبت لها وصف الخطأ التأديبي.

في المقابل اتجه رأي معاكس^(١٤١) إلى أن قرار العفو يعتبر بمثابة سحب لقرار العزل.

- ف. ج ٦٥/٥/١٢ - مشار إليها في د. محمود حلمي حيث أعتبرت العفو الشامل بمثابة رد إعتبار بطريق غير مباشر وبالتالي يتعين إعادة العامل للخدمة بقرار جديد.

- ف. ج العمومية للقسم الاستشاري في ٦٦/٥/٤ ص ٢٠
٢٦٧ (١٤٢) لما كان القرار الجمهوري قد صدر شاملاً العفو عن العقوبات الأصلية والتبعية والآثار المترتبة على الحكم الصادر ضد العامل المذكور،

(١٤١) د. محمود حلمي ص ٣٢٠.

(١٤٢) د. سليمان الطماوي قضاء التأديب - ص ٢٦٧

فإنه يترتب على هذا القرار إسقاط جميع العقوبات والآثار التي قد تقع بعد صدوره ومن بينها الحرمان من التعيين في الوظائف العامة. ومن ثم فإنه يعتبر بمثابة رد الاعتبار في مفهوم نص م ٧ (من القانون ٦٤/٤٦) ولا يتطلب الأمر في هذه الحالة قضاء مدد معينة بعد صدور قرار العفو، ويجوز إعادة تعيينهم عقب صدور هذا القرار دون حاجة إلى انتظار إنتضاء المدة اللازمة لرد الاعتبار القضائي أو القانوني، هذا مع مراعاة توافر الشروط الأخرى اللازمة فيمن يعين في الوظائف العامة. "وذهب د. محمد السيد الدماصي^(١١٣) إلى أنه يتعين بحكم اللزوم إعادة العامل لعمله إن كانت هناك وظيفة شاغرة تتوافر مواصفاتها فيه، إعمالاً لشمول العفو لكافة الآثار الجنائية والتأديبية. في الرد على هذا الرأي. فإنه حتى مع مسaire الرأي القائل بأن الفصل التأديبي يعتبر من ضمن الآثار الجنائية للحكم، فإن العفو عن العقوبات التبعية لا يترتب عليه سواء ضرورة إعادة العامل لعمله سواء إعتبار فصله غير مشروع. وذلك لأن القول بهذا يتعارض مع الأثر المستتبل للعفو والذي لا يمتد الى ما يترتب فعلاً من آثار قبل صدوره.

وفي بيان ذلك نقول أنه في حالة اعتبار انتهاء خدمة الموظف يتم بقوة القانون كآثر للحكم بالإدانة فور صدور الحكم، فإن قرار العفو يكون لاحقاً دائماً لانتهاء خدمة الموظف ولو لم يكن الاجراء التنفيذي الصادر عن الادارة بإنهاء خدمة العامل قد صدر بعد، وبإلغالى لا يملك محو ما تم سابقاً عليه.

وفى حالة اعتبار أن انتهاء الخدمة لا يتم الا بقرار ادارى فردى يجد سببه فى حكم الادانة. فإن العفو عن العقوبة ولو صدر قبل صدور القرار الادارى، لا يغىل يد الادارة فى انتهاء خدمة العامل استنادا لسببه المتمثل فى حكم الإدانة وليس للعقوبة المقررة. أضف لذلك فإن العفو عن العقوبة ولو شاملا للعقوبات التبعية لا يغنى عن رد الاعتبار (م ٥٣٧، ثانويا اجراءات جنائية).

٢- أثر تقادم العقوبة على دلالة الحكم النهائى بالادانة:

تقادم العقوبة هو مضى الفترة الزمنية التى يحددها القانون من تاريخ صدور الحكم البات بالادانة دون أن يتخذ خلالها اجراء لتنفيذ العقوبة التى قضى بها. [م ٥٢٨ - ٥٢٩ اجراءات جنائية].

ويتربى على تقادم العقوبة انقضاء الالتزام بتنفيذ العقوبة بغير الغاء الوجود القانونى لحكم الادانة، الذى يظل مرتباً بجميع آثاره - عدا ما انقضى منها بالتقادم - سواء من الناحية الجنائية سواء من الناحية المدنية.

فمن الناحية الجنائية يعتبر سابقة للعود ويظل مسجلاً فى صحيفة الحالة الجنائية كما يكون من مصلحة المحكوم عليه السعى للحصول على رد اعتباره توصلاً لمحو الحكم بالادانة بالنسبة للمستقبل (م ٥٣٧ - ٥٥٠ - ٥٥٢ اجراءات جنائية) (١٤١).

(١٤١) د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٨٧٩ وما بعدها - د. رموف عبيد - المرجع السابق - دار الفكر العربى - ط ٤ - ٨٧٧ - د. محمد زكى أبو

ومن الناحية المدنية فطالما أن الحكم بالادانة يظل موجودا قاتونا وإن امتنع تنفيذ مقتضاه - الذى يقتضى تدخل السلطة العامة من الناحية الجنائية - فإن تقدم العقوبة لا يسقط دلالة الحكم الجنائى النهائى بالادانة على الخطأ التأديبى فى حق العامل (المقرر فى / ٦١ عمل) والذى يصح لرب العمل الاستناد اليه وفقا لقواعد قانون العمل، مقيدا بالمواعيد والاجراءات المقررة به.

تفصيل هذا يقتضى التمييز بين ما اذا كان المحكوم عليه الذى تقدمت عقوبته طالب عمل وبين ما اذا كان مرتبطا فعلا بعقد عمل قائم.

فاذا تعلق الأمر بمحكوم عليه طالب للعمل. فإتينا نحول فى هذا الخصوص لحق صاحب العمل فى تحرى البيانات التى تحيطه علما بصلاحيه طالب العمل والى واجب طالب العمل فى تحرى الصدق فيما يقدمه من بيانات وذلك فيما سوف ندرسه لاحقا عن أثر السابقة الأولى على دلالة الحكم النهائى بالادانة، ونرى أن تقدم العقوبة لا يغير من دلالة هذا الحكم.

أما اذا تعلق الأمر بمحكوم عليه مرتبطا فعلا بعقد عمل قائم. فالأمر لا يخرج عن فرضين:

الفرض الاول: حيث يتحقق علم صاحب العمل بصدور الحكم النهائى بالادانة قبل تقدم العقوبة. فى هذه الحالة يستوى أن يكون صاحب العمل قد

علم مسبقا بوقوع الجريمة من العامل^(١٤٥) أو لم يعلم وذلك في ظل الغاء قانون العمل الحالي للقيد الزماني الوارد في قانون العمل الموحد (م ٢/٦٦) على توجيه الاتهام للعامل.

(١٤٥) م ٢/٦٦ عمل موحد لا يجوز إتهام العامل عن مخالفة مضي على كشفها أكثر من خمسة عشر يوما.

- أنظر في نفس هذا الاتجاه قانون العمل الفرنسي

L122 - 44 "Aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au - delà de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales".

Cons. d'état 8 juin 1990 J.C.P. 90 ed. E, II, 15884 P. 610 no3 obs. A. chevillard "lorsqu'un fait fautif a donné lieu à des poursuites pénales avant l'expiration du délai de deux mois, l'engagement par l'employeur de poursuites disciplinaires à l'encontre du salarié fautif n'est pas soumis à la condition de délai ainsi prévue".

بمعنى أن الدعوى التأديبية تسقط بمضي شهرين على كشف المخالفة ولو كانت تمثل جريمة ذلك ولو لم تنطوي الدعوى الجنائية بالتقادم. بينما يتحرر صاحب العمل من هذا القيد الزماني من مباشرة سلطته التأديبية إذا ما رفعت الدعوى الجنائية خلال هذه المدة وذلك لما للحكم الجنائي سواء بالبراءة أو بالادانة من أثر على المسؤولية التأديبية للعامل.

في قانون العاملين المدنيين بالدولة (م ٩١) وقانون العاملين بالقطاع العام (م ٩٢) اللذين وإن وضعوا مدة لتقديم الدعوى التأديبية عموما فإنيهما قد حرصا على النص أنه إذا كان الفعل جريمة جنائية فلا تسقط الدعوى التأديبية إلا بسقوط الدعوى الجنائية - أنظر في ذلك د. سليمان الطماوي - القضاء الإداري الكتاب الثالث - ١٩٨٧ ص ٦٤٩. أنظر أيضا المستشار عبد الوهاب البنداري - العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام ونوى الكادرات الخاصة - دار الفكر العربي ص ٥٧١ - من جانبنا، فنفضل من حيث السياسة التشريعية تبني القيد الزماني على مباشرة السلطة التأديبية بحيث لا تستطيل الفترة الزمنية أو تطلق ما بين كشف المخالفة وتوجيه الاتهام للعامل. بل ونرى التمسك بهذا القيد حتى في الحالة التي يكون فيها للمخالفة المنسوبة للعامل وصف الجريمة على ما كتبه القانون الفرنسي. على اعتبار أن سكوت صاحب العمل وعدم تحركه لمحاسبة العامل عن المخالفة برغم علمه بصورها عنه يكشف سواء عن تقديره الشخصي في أن هذه المخالفة لا تخل بحسن سير العمل بمشروعه سواء عن تسامحه مع العامل وتنازله عن حقه في الاستناد لهذه المخالفة لمباشرة سلطته التأديبية. ويمكن تحقيقا للتوازن بين مصلحة صاحب العمل لذى قد تموقعه مشاغله عن المصارعة في مباشرة سلطته التأديبية فور علمه بالمخالفة وبين مصلحة العامل في استقرار وضعه الوظيفي أن تطيل المدة الزمنية التي يتعين على صاحب العمل خلالها البدء في مباشرة سلطته التأديبية لبتداء من كشفه للمخالفة خاصة لو كانت جنائية

عندئذ يكون لصاحب العمل مباشرة سلطته التأديبية استنادا للحكم النهائي بالادانة في خلال المواعيد المقررة بالمادة ٢/٦٠ عمل. على اعتبار أن تاريخ علم صاحب العمل بالحكم بالادانة يعتبر بالنسبة إليه هو تاريخ ثبوت المخالفة (١٤٦).

= وذلك بإقترح أن تكون ٣ أشهر من كشفه للمخالفة بحيث تقف هذه المدة برفع الدعوى الجنائية.

(١٤٦) انظر في شأن تحديد تاريخ المخالفة: خصام الأهوازي - المرجع السابق، ص ٢٥٨، عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٦٠ حيث اتجها إلى اعتبار تاريخ ثبوت المخالفة هو صدور قرار اللجنة الثلاثية وليس مجرد عرض طلب الفصل عليها. من جانبنا نعتبر تاريخ ثبوت المخالفة هو تاريخ انتهاء صاحب العمل من اجراءات التحقيق مع العامل في حالة مباشرته لسلطته التأديبية قبل صدور الحكم النهائي بالادانة أو تاريخ علم صاحب العمل بصدور الحكم النهائي في الادانة في حالة تأجيله مباشرة لسلطته التأديبية إلى ما بعد علمه بصدور الحكم النهائي سواء لم يكن قد علم بالمخالفة قبل ذلك أو كان قد علم بها ولم يتخذ في شأنها أي اجراءات لتحقيقها. سواء اتخذ اجراءات تحقيقها وقام بوقف العامل اجبا عليها الى حين البت فيما ينسب اليه من سلطة الاتهام أو المحكمة، علما بأن المدد المقررة في م ٢/٦٠ عمل تقف حال اتخاذ اجراء من اجراءات التحقيق أو المحاكمة تجاه العامل (م ٦٧ عمل)، وبما لا يتجاوز المدد المقررة في م ١٧٢ منى.

وأسيس تفسيرنا مرجعه ضرورة تفسير م ٢/٦٠ عمل تفسيراً يراعى مصلحة العامل الذي وضع القيد الزمني على مباشرة السلطة التأديبية لمصلحته. ذلك أن العبرة في تحديد بداية سريان القيد الزمني هو بالتاريخ الذي يتمكن صاحب العمل فيه من مباشرة سلطته التأديبية وهو ما يتحقق له بالتحقيق فيها من جانبها وسماع أقوال ودفاع العامل أو من تاريخ علمه بالحكم النهائي بالادانة الذي يقطع بنسبة الخطأ التأديبي المبرر للفصل (قريبة م ٦١ عمل) أما العرض على اللجنة الثلاثية فهو اجراء أو طريق مباشرة السلطة التأديبية حيث يقدر بصاحب العمل أن الجزاء المناسب هو الفصل، بما يترتب عليه سقوط حق صاحب العمل في مباشرة سلطته التأديبية إذا ما تأخر عن المواعيد المحددة بالمادة ٢/٦٠ عمل بعد التحقق من المخالفة سواء بالتحقيق الذي تم بمعرفته سواء بعد علمه بالحكم الجنائي النهائي وتقطع هذه المدة بعرض العامل على اللجنة إذا ما تم العرض خلال هذه المواعيد ولا تبدأ إلا من تاريخ إبلاغه بقرارها. والقول بخير. ذلك يؤدي إلى استتلائية للفترة الزمنية مرتين الأولى: لإلغاء القيد الزمني على اتهام العامل برغم كشف صاحب العمل للمخالفة حيث يتأخر التحقيق فيها من جانب صاحب العمل أو من جانب ثلثي لعدم وجود ما يقيد صاحب العمل بضرورة

على العكس يسقط حقه في ممارسة السلطة التأديبية تجاه العامل استنادا لهذه المخالفة بمرور المواعيد الواردة في م ٢/٦٠ عمل^(١٤٧) سواء تقدمت العقوبة بعد هذه المواعيد أو لم تقدم^(١٤٨). على اعتبار أن انتهاء العلاقة القانونية لا يترتب بقوة القانون على صدور الحكم بالادانة^(١٤٩) بل هي رخصة لصاحب العمل يقتضى مباشرتها اتجاه الارادة لانتهاء عقد العمل استنادا اليها. وهي رخصة قيد المشرع مباشرتها في شأن الفصل بالارادة المنفردة لصاحب العمل بمدة زمنية معينة من النظام العام.

على أنه في شأن بيان أثر مخالفة القيد الزمنى الوارد في م ٢/٦٠ عمل يتعين التمييز بين التحلل من العقد استنادا للقواعد العامة في الفسخ وبين

= عرضه على الجئة الثلاثية خلال مدة معينة برغم ثبوت المخالفة المنسوبة للعامل سواء بالتحقيق معه من قبل صاحب العمل أو بفلمه بصور الحكم الجنائي النهائي. (١٤٧) أنظر عكس ذلك د. فتحي عبد الرحيم - المرجع السابق - ص ٢٢٥ حيث يرى عدم انطباق القيد الزمنى الوارد في م ٢/٦٠ عمل على الفصل التأديبي. من جانبنا نعتبر هذا الرأي تخصيص للنص بغير تخصص. ذلك أن النص عمم القيد الزمنى على جميع صور درجات العقوبات التأديبية ولا يوجد ما يستدئيه لاستبعاد الفصل من بينها، بل هو أولى من غيره في تقييد سلطة صاحب العمل بالقيد الزمنى بإعتباره يمثل أعلى درجات الجزاء التأديبي.

(١٤٨) دون أن يصدر هذا حق صاحب العمل في استخدام حقه في الانتهاء بالارادة المنفردة لمبرر آخر - لمخالفة أخرى منسوبة للعامل - أو حتى لتغير مبرر مع تحمله عاقبة الأضرار الناجمة عن ما صدر منه من انتهاء تعسفى ومع ضرورة احترامه للقيد الاجرائية المطلوبة قانونا فيما يصدر عنه من إنهاء.

(١٤٩) أنظر الخلاف في نطاق قانون العاملين المدنيين بالدولة حول ما إذا كانت خدمة العامل تنتهى بقوة القانون بمجرد الحكم عليه بالادانة في جريمة من الجرائم الموصوفة أم أن الأمر يقتضى صدور قرار إدارى بذلك بحيث لا يعدو أن يكون الحكم بالادانة سببا له. ويظهر أثر هذا الخلاف في حالة تأخر الإدارة عن مباشرة السلطة التأديبية الى حين تقادم العقوبة الجنائية. مما يثير التساؤل عما إذا كانت العقوبة التأديبية بدورها تقادم تبعا للعقوبة الجنائية. أنظر د. محمود حلمي - مرجع سابق - ص ٣٢١ - عبد الوهاب البلدارى ص ٥٧٠.

التحلل من العقد استنادا لقواعد الانهاء بالارادة المنفردة فى العقود غير المحددة للمدة والذى يعتزr الفصل التأديبى فى مجال عقد العمل تطبيقا له(١٥٠).

- فأما عن الحق فى الفسخ فانه يخرج عن أن يتقيد بالقيد الزمنى الولرد فى م ٢/٦٠ عمل، لأن مباشرته تستند للقواعد العامة فى كونه جزاء تعاقبا لاخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته (فى هذا المقام هو العامل) كما أنه شرع حتى لا يبقى المتعاقد الآخر مرتبطا بعقد أخل الطرف الآخر بالتزاماته فيه (م ١٥٧ مدنى)، وبالتالي فان مباشرة الحق فى الفسخ لا تخضع لأى قيد اجرائى بشأن العرض على اللجنة الثلاثية أو قيد زمنى شأن ما ورد فى م ٢/٦٠ عمل، اللهم الا اذا استفيد من التراخى فى مباشرة الحق فى الفسخ بعد العلم بما يبرر التمسك به التنازل عنه. ذلك أن الفسخ مقرر كرخصة للعاقد الذى يقع الاخلال بالتزامه، فلا يوجد ما يمنعه من النزول عنه(١٥١).

وهو ما تستدل عليه محكمة الموضوع من ظروف الدعوى فى دلالتها على النية الجازمة لدى صاحب العمل فى التنازل عن الحق فى الفسخ استنادا لما صدر عن العامل من مخالفة بعد علمه بها. أو إذا استفيد من مرور فترة طويلة من وقوع المخالفة تقادم دعوى الفسخ قياسا على تقادم دعوى الإبطال (م ١٤٠ مدنى). حيث يمكن القول بتقادم دعوى الفسخ

(١٥٠) تكليف ما إذا كان التحلل من العقد تم استنادا لاحكام الإنهاء بالارادة المنفردة (م ٦٩٥ مدنى - م ٦١ عمل ...) لم استنادا للحق فى النسخ (م ١٥٧ مدنى) يقدره قاضى الموضوع مراقبا من محكمة النقض.
(١٥١) أنظر د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والارادة المنفردة - ١٩٨٤ - مطبعة نهضة مصر - ص ٦١٩.

بمرور ١٥ سنة على ثبوت المخالفة أو ٣ سنوات من تاريخ العلم بها أيهما أقرب.

ووجه القياس على تقادم دعوى إبطال العقد، أنه قياس من باب أولى، ذلك أنه إذا كان المشرع في شأن ما شاب بناء العقد من أسباب قابلية للإبطال أسقط الحق في التمسك به بمرور ١٥ سنة على إبرام العقد (وقت تحقق سبب الإبطال) ولو لم ينكشف سبب الإبطال إلا بعد مرور هذه المدة تغليباً لاعتبارات استقرار التعامل. فإن تطبيق مدة التقادم هذه أولى في شأن الحق في الفسخ حيث العقد صحيح ونافذ ولم يطرأ عليه إلا إخلال من أحد طرفيه بالتزام من التزاماته. لذا فتشيت العقد والبقاء عليه أولى، حيث يتأخر المتعاقد عن مباشرة حقه في الفسخ لأكثر من ١٥ سنة من تاريخ الإخلال بالالتزام ولو تأخر علمه بالمخالفة. وذلك تأسيساً على أن الوضع الفعلي الذي استقر خلال مدة التقادم ينبغي الإبقاء عليه كوضع قانوني تحقيقاً لاعتبارات استقرار التعامل.

أما الفصل التأديبي بإعتباره تطبيق في نطاق عقد العمل للحق في الانتهاء بالإرادة المنفردة فإن مباشرته تخضع للقيود الإجرائية (العرض على اللجنة الثلاثية) التي تمثل قيوداً على مضمون الحق في الانتهاء بحيث لا يكون لصاحب العمل مباشرته (إلا بعد استيفائها، كما يخضع في مباشرته للقيود الزمنية الواردة في م ٢/٦٠ عمل).

لكن ما هو جزاء مخالفة صاحب العمل للقيد الزمني (م ٢/٦٠ عمل) لمباشرة السلطة التأديبية في توقيع عقوبة الفصل على العامل؟

في غياب نص مماثل لما ورد في التشريع الفرنسي^(١٥٢)، يكون مقتضى القواعد العامة أن مخالفة القيد الزمني الوارد بقاعدة أمره يؤدي إلى بطلان الفصل كتصرف قانوني قصد به انتهاء عقد العمل بالإرادة المنفردة لصاحب العمل. هذا البطلان وإن كان من النظام العام يحتاج إلى حكم قضائي يقرره.

إلا أننا نرى أن مقتضى إعمال نظرية تحول التصرف القانوني الباطل (م ١٤٤٤ مدني)^(١٥٣) يقتضي اعتبار أن الإنهاء كتصرف بالإرادة المنفردة وإن اعتبر باطلا بهذا الوصف لمخالفته القواعد الإجرائية الأمر - القيد الزمني - فإنه يحمل في طياته عناصر تصرف قانوني آخر هو الفسخ^(١٥٤).

L 122 - 14 - 4 [L.No 86 - 1320 dec. 1986] . Soc. 8 Mai 1980:

(١٥٢)

Juris - social 1980, F 67 "l'employeur qui a licencié pour une cause réelle et sérieuse mais sans respecter les formalités prescrites notifie ultérieurement à l'intéressé son licenciement est tenue au paiement des salaires échus jusqu'à la date de cette seconde notification qui donne seule au licenciement un caractère effectif". في رأينا، أن ورود نظرية التحول في خصوص العقد لا يمنع من تطبيقها على التصرف القانوني عموماً لئلا كان مصدره. ذلك أن نظرية التحول تستجيب لدور الإرادة في إنشاء وتعديل وإنهاء الآثار القانونية فيما لا يخالف النظام العام. ذلك يستتبع اعتبار أن إعمال الإرادة فيما قصدت إليه مباشرة أو بطريقة غير مباشرة خير من إهمالها. وليس في ذلك مخالفة للشرعية القانونية، طالما لا نعترف إلا به حيث تحققت له أركلته وشروطه المتطلبية قانوناً وإن لم يقصد إليه إلا بطريقة غير مباشرة لمكن التحرر عنها في انقضاء التصرف الباطل.

القول بغير ذلك فيه من ناحية: إهدار للإرادة فيما قصدت إليه. من ناحية أخرى: إهدار للوقت، لأن الإرادة تملك أن تعتمد إلى إنشاء هذا التصرف المقول بالتحول إليه كتصرف جديد بإرادة جديدة لاحقة. ومن ناحية ثالثة: رفض مقتضى التحول يفتح باباً للتهرب من مقتضى صدور الإرادة الجازمة وضرورة التحمل بكل آثارها المباشرة وغير المباشرة.

(١٥٤) الطعن ٥٠/١٠١ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢١ علمت الهوارى ج ٤ ص ١١٢ - في نفس المعنى ٣١/٤٢٤ ٣١/١٢/٢٢ (١٩٦٥)، ٣١/١٥٩ جلسته ٦٥/٣/٣١، الحكم الصادر في

- ما لم يستدل القضاء من استطالة الفترة الزمنية تنازل صاحب العمل عن حقه في الفسخ أو إنتهى على سبيل القياس إلى إسقاط حقه في الفسخ، فعند ذلك يعتبر العقد ما زال قائما - بل ويكون لصاحب العمل الذى أقره القضاء لاحقا فيما أستند إليه من مبررات للفسخ، أن يطالب العامل بالتعويض مما يكون قد أصابه من ضرر من جراء إخلاله بالتزام من التزاماته الجوهرية.

الفرض الثاينى: حيث يتحقق علم صاحب العمل بالحكم الجنائى النهائى بالإدانة بعد تقادم العقوبة (١٠٠).

= جلسة ٦٥/٢/١٧ مشار اليهم فى أحمد سدير ابو شادى - مجموعة النقائلى التى قررتها محكمة النقض من ٦١ - ٦٦ - ص ٨٠٩، كذلك الطعن ٢٦/١٢٥ ق جلسة ١٨/٥/٧٤ م.م. سنة ٢٥ ص ٨٢٥.

هذه الأحكام القضائية خلت من التأصيل والاستناد لنظرية التحول. فى شأن الفقه: أرجع د. محمد لبيب شنب قانون العمل - ط ٢ - ص ٢٨٠ الذى برغم تقريره أن بطلان الفصل فى هذه الحالة لا يحول دون اعتباره فسخا للعقد، فإنه يعود ويقرر أننا أمام إنهاء بالإرادة المنفردة إذا توافرت له مبرراته الجدية كان إنهاء مشروعاً وإذا لم تتوافر له كان إنهاء تعسفياً، لأن بطلان الفصل لا يعنى بالضرورة انتفاء المبرر. هذا التارجح فى التكليف مرده فى رأينا إلى اعتباره أن الفصل يختلف عن الانتهاء بالإرادة المنفردة. والمصحح فى رأينا أن الفصل وإن اختلف عن الفسخ باعتباره جزاء لإخلال أحد المتعاقدين بالتزامه وفقاً للقواعد العامة (م ١٥٧ مدنى)، فإنه ما هو إلا تطبيق خاص لقواعد الانتهاء بالإرادة المنفردة فى العقود غير محددة المدة (م ٦٩٥ مدنى - م ٦١٠ عمل وما بعدها) - أنظر فى نفس الاتجاه د. عبد الناصر العطار - شرح أحكام قانون العمل ١٩٨٩ ص ٢٦٥.

- د. محمد عبد الخالق عمر - قانون العمل الليبي - ١٩٧٠ - ص ٢٧٩.
(١٥٥) أنظر المستشار عبد الوهاب البندارى - العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام ونوى الكارلات الخاصة - دار الفكر العربى ص ٥٧٠.
حيث يعرض للخلاف حول أثر سقوط العقوبة الجنائية على المركز الوظيفى للموظف العام؟

يتجه رأى: إلى أن سقوط العقوبة الجنائية لا يمنع من انتهاء العلاقة الوظيفية للعامل. لأن خدمة العامل تنتهى بمجرد الحكم الجنائى النهائى فى الجريمة الموصوفة دون نظر الى تراخى جهات الاختصاص فى تنفيذ الحكم أو

في هذه الحالة يستوى أن يكون صاحب العمل قد علم من قبل بوقوع الجريمة المنسوبة للعامل^(١٥٦) أم أن علمه قد تأخر إلى حين علمه بالحكم النهائي حيث عاصر ذلك تقادم العقوبة الجنائية.

في هذه الحالة فإنه بالنظر لأن تاريخ ثبوت المخالفة - الذي تبدأ منه سلطة صاحب العمل التأديبية - هو تاريخ علمه بالحكم الجنائي النهائي

= حتى سقوط العقوبة بنقض المدة لعدم تنفيذها. على اعتبار أن انتهاء الخدمة يتم كإجراء فوري لصدر الحكم الجنائي النهائي دون حاجة إلى قرار من الجهة الإدارية لإنشاء هذا المركز القانوني الذي ينشأ فعلاً بقوة القانون. وأنه إذا أصدرت الجهة الإدارية قراراً فهو إجراء تنفيذي لمقتضى الحكم ولا يعتبر قراراً إدارياً بالمعنى الفني الصحيح. إضافة إلى أن أثر تقادم العقوبة يقتصر على العقوبة الجنائية دون مسائل بقرار الحكم الخاصة بالحرمان من الحقوق والمزايا التي لا يتطلب تنفيذها تدخل من السلطة العامة. فنظر في ذلك فتأوى الجمعية لتسوية الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، وبعض أحكام محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا المشار إليها في المرجع السابق ص ٣١٩ - ٣٢١، د. محمود حلمي - المرجع السابق - ط ٢ - ١٩٧٤ - ص ٢٢١.

في المقابل يتجه رأي آخر نؤيده - إلى أن المركز القانوني الخاص بإنهاء رابطة التوظيف - كإثر للحكم الجنائي النهائي - لا ينشأ إلا بقرار إداري.

هذا القرار يقوم على وقعة قانونية هي صدور الحكم الجنائي الذي يعتبر سبباً للقرار الإداري، بحيث لا يتغير المركز القانوني للموظف تلقائياً بمجرد صدور الحكم الجنائي النهائي وإنما يلزم تدخل الإدارة بعمل إرادي إيجابي تنزل به حكم القانون على الموظف متى قدرت تحقق شروط انطباقه في حقه. وإذا صح أن القرار الإداري الفردي تطبق حكم القانون فإنه لا بد من اعتباره منشأً لمركز فردي خاص متميز عن الوضع القانوني المجرد المتولد عن القانون. ولا يتعارض مع هذا أن يستند قرار إنهاء خدمة العامل إلى تاريخ صدور الحكم الجنائي النهائي كما هو الشأن في حالة انتهاء الخدمة لبلوغ السن أو للائطاع عن العمل بدون عذر أو إذن.

أرجع أحكام مريدة محكمة قضاء إداري. محكمة إدارية عليا للمرجع السابق لعبد الوهاب البنداري ص ٣٢١ - ٣٢٧، محكمة إدارية عليا - دائرة ٨ - طعن ١٤٩٨ سنة ٢٠ ق في ٩١/٣/٧٤.

(١٥٦) ذلك لخلو قانون العمل الحالي من قيد زمني على سلطة رب العمل في إتهام العامل خلال مدة معينة من تاريخ كشف المخالفة على ما سبق بيانه.

الذى أثبتت نسبة الواقعة للعامل (١٠٠٪)، فإنه من هذا التاريخ وخلال المدة الزمنية المقررة فى م ٢/٦٠ عمل يكون لصاحب العمل مباشرة سلطته التأديبية تجاه العامل سواء بفصله أو بما دون ذلك من جزاءات، بما لا يتجاوز المدة المقررة فى م ١٧٢ مدنى لتقادم الدعوى المدنية.

ولا يمنع من مباشرة صاحب العمل لسلطته التأديبية تقادم العقوبة الجنائية الذى لا ينفى دلالة الحكم الجنائى بالادانة على الخطأ التأديبى المفترض بقرينة قاطعة (م ٦١ عمل) والتي تظل قائمة إلى حين رد (اعتباره).

وكما يثبت لصاحب العمل الحق فى مباشرة سلطته التأديبية وفصل العامل خلال المدة الزمنية المقررة فى م ٢/٦٠ عمل فإنه يكون له وحتى بعد فوات هذه المواعيد مباشرة حقه فى الفسخ وفقا للقواعد العامة ما لم يصدر عن صاحب العمل ما يمكن أن يستفاد منه تنازله عن الحق فى الفسخ عن ما ثبت نسبته للعامل وتمسكه ببقاء العقد رغم ما صدر من الطرف الآخر من مخالفة لالتزاماته. أو حيث يقرر القضاء سقوط دعوى الفسخ لتقادمها قياسا على دعوى الإبطال م ١٤٠ مدنى.

(١٥٧) لا يتأتى أن يعتبر تاريخ صدور الحكم الجنائى النهائى هو تاريخ ثبوت المخالفة بحيث يسرى القيد الزمنى الوارد فى م ٢/٦٠ فى غفلة من صاحب العمل الذى لم يعلم بصدور الحكم الجنائى النهائى والذى لا يمكن إقراض علمه به بمجرد صدوره أو أن ينسب إليه تقصير فى عدم العلم به.

ثالثاً: أثر السابقة الأولى على دلالة الحكم الجنائي النهائي بالادانة:

يثور التساؤل في إطار علاقات العمل الخاضعة لقانون العمل، عن مدى تأثير دلالة الحكم الجنائي النهائي بالادانة^(١٥٨) - في جريمة من الجرائم الموصوفة - على الخطأ التأديبي للعامل، بعدم ظهور هذا الحكم في شهادة الحالة الجنائية اعمالاً للقرار الوزاري المنظم لاثبات السوابق القضائية^(١٥٩).

لم يرد في قانون العمل نصاً مقابلاً لما ورد في قانون العاملين المدنيين بالدولة (م ٧/٩٤ - م ٣/٢٠) والعاملين بالقطاع العام (م ٧/٩٦ - م ٣/١٦) وقانون شركات قطاع الأعمال العام (م ٤/٤٥)^(١٦٠)، والذي اعتبره الفقه^(١٦١) اعمالاً لقرار وزير العدل بعدم ادراج السابقة الأولى في صحيفة الحالة

(١٥٨) وفي غيرها من الجرائم التي يثبت لها وصف الخطأ التأديبي قضاء.

(١٥٩) ورد في قرار وزير العدل الصادر في ١٠/٧/١٩١١ والمعدل في ١٢/٥/١٩٥٥ وقلم مصرية ج ٣٨ في م ١ منه أن الأحكام التي تحفظ في صحيفة السوابق هي أحكام الإدانة الصادرة في الجنايات والأحكام الصادرة في الجنح بالحبس لمدة سنة فأكثر والأحكام الصادرة بأية عقوبة في الجنح التي حددها القرار على سبيل الحصر.

وورد في م ١٤ منه لا يثبت في الشهادة التي يطلبها المحكوم عليه الأحكام الآتية:

(١) الأحكام التي رد اعتباره عنها قضاء.

(٢) الحكم الصادر في أية جريمة بالفرملة أو بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالوضع تحت مراقبة البوليس أو بإذلال المحكوم عليه بوصفه متشرداً أو مشتبهاً فيه وذلك بشرط عدم صدور حكم آخر بأية عقوبة مما يحفظ عنه صحيفة وفيش بقلم السوابق بإدارة تحقيق الشخصية وأن تكون العقوبة قد نفذت ما لم تكن قد سقطت بمضى المدة أو بالعفو عنها.

أنظر في القانون الفرنسي art 777 c.p.p.

(١٦٠) ومع ذلك فإذا كان قد حكم عليه لأول مرة فلا يؤدي إلى انتهاء الخدمة - لا يحول دون التعيين - إلا إذا قدرت لجنة شئون العاملين بقرار مسبب من أسباب الحكم وظروف الواقعة أن بقاءه في الخدمة يتعارض مع مقتضيات الوظيفة أو طبيعة العمل.

(١٦١) المستشار أحمد شوقي المليجي - المرجع السابق - ص ٤٨٠.

الجنائية^(١٦٢) كي لا ينف الحكم الجنائي الأول عقبة في سبيل الحصول على عمل أو حتى لا يكون عقبة في سبيل الاستقرار الوظيفي له.

وأعتبر ذلك عدولا عن القرار الجمهوري رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦^(١٦٣) الذي كان يحظر التعيين في وظائف الشركات أو الاستمرار في العمل بها لمن يحكم عليه في الجرائم الميينة به ولو كانت السابقة الأولى له.

يستفاد من نص قانون العاملين المدنيين بالدولة أو العاملين في شركات قطاع الأعمال، أن المشرع خفض مستوى القرينة القانونية على الخطأ التأديبي كسبب منهي للخدمة والمستفاد من الحكم بالادانة في احدى الجرائم الموصوفة من مستوى القرينة القاطعة الى مستوى القرينة النسبية^(١٦٤) في حالة كون حكم الادانة الصادر على العامل، هو الحكم الأول بما يخضع قرار الادارة في حالة استنادها اليه لانتهاء خدمة العامل للرقابة القضائية اللاحقة من واقع أسباب الحكم وظروف الواقعة بالنظر لمقتضيات الوظيفة وطبيعة العمل.

^(١٦٢) رغم أن صياغة النص السابق كما يتسع الحكم الأول الذي لم يظهر في صحيفة الحالة الجنائية اعمالا للقرار الوزاري فانه يتسع للحكم الأول الذي ظهر في صحيفة الحالة الجنائية لتحقيق شروط ادراجه فيها.

^(١٦٣) بدأ هذا العدول منذ صدور القانون ٧١/٦١. انظر .. سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٢٤٨.

^(١٦٤) لكن يظل الخطأ التأديبي مفترضا تليسا على الحكم النهائي بالادانة في احدى الجرائم الموصوفة برغم كونه الحكم الأول. دليل ذلك أن مناهة الرقابة القضائية اللاحقة على قرار الادارة بالاستناد الى حكم الادانة في الجريمة الموصوفة ينحصر في تقديم مبررات الادارة من تعارض الاحتفاظ بالعامل المتورط في الجريمة الموصوفة مع متطلبات وظيفته، ولا يستطيع القضاء أن يلغى قرار الادارة حيث تصيب في أسباب قرارها من تعارض استمرار العامل المحكوم عليه مع مقتضيات الوظيفة لمجرد أن حكم الادانة المستند اليه كسبب للقرار هو الحكم الأول.

وقد يكون الدافع لهذا الموقف التشريعى محاولة المشرع تخفيف المطيار الجامد الذى تبناه فى تحديد الجرائم الموصوفة التى أستدل من الادانة فيها بقرينة قانونية قاطعة على الخطأ التأديبى^(١٦٥). وكان الأجدر بالمشرع ان يستعين بمعيار مرن من طبيعة الوظيفة وطبيعة العمل فى تحديد الجرائم استدلالا على الخطأ التأديبى مع توحيد دلالة الحكم على ثبوت الخطأ التأديبى^(١٦٦) - فى حالة صدوره فى احدى الجرائم الموصوفة - سواء كان هو الحكم الأول أو الثانى سواء كان ظاهرا فى صحيفة الحالة الجنائية أو غير ظاهرة فيها. على اعتبار أن دلالة الحكم بالادانة على الخطأ التأديبى يرتبط بطبيعة الجريمة ومدى تعارضها مع طبيعة وظيفة العامل وليس بكونه الحكم الأول أو الثانى^(١٦٧).

فما الحكم فى اطار قاتنون العمل؟ بمعنى هل هناك ما يمنع صاحب العمل - قاتونا - فى حالة علمه الفعلى بالسابقة الأولى رغم عدم ظهورها فى صحيفة الحالة الجنائية فى الاستناد الى دلالتها على الخطأ التأديبى لانتهاء عقد العامل أو رفض التعاقد معه؟

من جانبنا نرى أن هناك فارق بين الستر على المحكوم عليه لأول مرة بعدم اظهار هذه السابقة فى صحيفة الحالة الجنائية - وهو ما قصد اليه

(١٦٥) شأن الحكم بمعقوبة الجنائية عموما سواء ارتكبت فى داخل أو خارج دائرة العمل.
(١٦٦) أنظر لاحقا توصيف الجريمة المخلة بالقعة. الفصل الثانى من الباب الأول.
(١٦٧) إذ كيف ينسر أن يكون الحكم الأول فى جريمة مخلة بالشرف لا يصلح دليلا قاطعا على ثبوت الخطأ التأديبى فى حق العامل بينما يكون كذلك فى حالة كونه الحكم الثانى.

مع تسليمنا بأن دلالة الادانة على الخطورة الاجرامية تكون أظهر فى حالة العود منها فى حالة الادانة المبتدأة. لكن هناك فارق بين ثبوت الخطأ التأديبى وهو ما يتحقق بمجرد الادانة المبتدأة وبين الخطورة الاجرامية وهو ما يكون أظهر فى حالة العود.

المشرع وبين نفى دلالاته على الخطأ التأديبي وهو ما لم يقصده. لأن عدم ظهور السابقة الأولى في صحيفة الحالة الجنائية - والحكم الأول عموما - لا ينفي الادانة، سواء من حيث وقوع الجريمة فعلا أو من حيث نسبتها لفاعلها أو من حيث لزوم تنفيذ العقوبة، وبالتالي لا ينفي دلالاتها على الخطأ التأديبي وامكان الاستناد اليه.

- خاصة أن فصل العامل استنادا للحكم بالادانة في احدى الجرائم الموصوفة يظل رخصة لصاحب العمل. والذي يظل وحده صاحب السلطة في تقدير مناسبة الاستناد اليها لمؤاخذة العامل بالنظر لتقديره لمصلحة العمل بالمشروع وتقديره لامكانية التجاوز عن خطأ العامل واعطائه فرصة من باب العفو والتسامح بما لا يضر بمشروعه. لكن دون أن يكون قراره بالفصل في حالة اتخاذه - ولو استنادا للحكم الأول أو للحكم الذى لم يظهر في صحيفة الحالة الجنائية - محل رقابة وقضائية لاحقة^(١٦٨) لتقدير مناسبة العفو عن العامل والأحتفاظ به في نطاق المشروع بالنظر لمقتضيات وظيفته وعمله كما تؤدي اليه نصوص قانون العاملين المدنيين ونصوص قانون العاملين بشركات قطاع الأعمال العام.

(١٦٨) طالما تعلق الأمر بالادانة في احدى الجرائم الموصوفة المفترض الخطأ التأديبي في حال ارتكابها افتراضا لا يقبل ثبات العكس مع افتراض جسامته المبررة للفصل. أما الاستناد للادانة في غير هذا من الجرائم سواء كان الحكم الأول أو الثانى، فيخضع للسلطة التقديرية للقضاء في تكييف الخطأ التأديبي وتحديد درجته بالمقابلة بالجزاء التأديبي الموقع على العامل ولا يكون قرينة إلا على حقيقة المبرر (وقوع الجريمة ونسبتها للعامل ووصفها القانوني) أما جدية المبرر فيتم اثباته وفقا للقواعد العامة تحت رقابة القضاء. ذلك أنه مع ثبوت الخطأ التأديبي، ودرجة جسامته - افتراضا من المشرع أو تقديرا من القضاء - يكون استعمال صاحب العمل لسلطته التأديبية استعمالا مشروعا لارتباطه بالغاية الاجتماعية المقررة لها. وإذا كان العفو والتسامح في المرة الأولى مندوب اليه ديانة فلا يجوز أن يكون مفروضا قانونا في صورة المؤاخذة على التمسك بالحق.

يؤكد رأينا، أن صحيفة الحالة الجنائية السلبية لا تعدو أن تكون قرينة على عدم صدور أحكام جنائية على صاحبها، إلا أنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بإثبات عدم صحتها أو بإثبات صدور حكم لم تتوافر فيه شروط اندراجه في الصحيفة. وفي هذا المعنى قررت المحكمة الإدارية العليا^(١١٩) "وإن كانت صحيفة الحالة الجنائية تعد قرينة على عدم الحكم على المرشح للوظيفة في جناية أو جريمة مخلة بالشرف، إلا أن هذه القرينة ليست قاطعة بل يمكن إثبات عكسها، وإذا ما ثبت لجهة الإدارة بأى طريق آخر عدم صحة ما جاء بصحيفة الحالة الجنائية، وبالتالي تخلف ذلك الشرط في المرشح للوظيفة، فإنه يتعين عليها الامتناع عن تعيين المرشح، أو تصحيح الوضع إن كانت قد أصدرت قرار التعيين، انزالا لحكم القانون،.....".

- ويرتبط بهذا التساؤل عن مدى التزام طالب العمل أو العامل في احاطة رب العمل علما بادانته سواء السابقة على التحاقه بالخدمة - خاصة ما لم يظهر منها في صحيفة الحالة الجنائية - سواء ما يقع منها أثناء سريان عقده؟ أما طالب العمل:- فإنه من جهة صاحب العمل فإن مقتضى مبدأ الحرية التعاقدية في مبدأ التعاقد وفي اختيار شخص المتعاقد، أن له حق طلب كل البيانات عن طالب العمل التي تعينه على تكوين اختياره.

(١١٩) أ.ع ٩٢٤ لسنة ١٢ في ١٩٦٩/٤/١٩ س ١٤ ص ٦١٠، مشير إليه في عبد الوهاب البندري، ص ٣١٥، قبل صدور قانون العاملين المدنيين الجبرية بما تضمنته في م ٧/٩٤ - ف مجلس الدولة رقم ٧٨٥ في ٥٦/٩/١ س ٩ ص ٣٥٦.

هذا الحق فى طلب البيانات يتقيد بتعيين:

الأول : الا يكون بينها ما يودى الى التمييز المحظور تشريعيا، بما يتضمنه من انكار للحريات الأساسية المعترف بها دستورا وقانونا للمواطن. وفى تأكيد ذلك نصت م ٤٠ من الدستور المصرى بأن "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

وورد فى م٤٧. من ذات الدستور "حرية الرأى مكفولة" وورد فى م ٦٦ عمل "يجب على المحكمة أن تقضى باعادة العامل المنفصول الى عمله اذا كان فصله بسبب نشاط النقابى".

وورد فى الاتفاقية الدولية ١٩٥٨ والتي وافقت عليها فرنسا حتى ١٩٨١ على أنه يحظر كل تمييز فى مجال الوظائف بسبب الأصل - اللون - الجنس - الدين - الرأى السياسى - الأصل الاجتماعى.

وورد من مقدمة الدستور الفرنسى ١٩٤٦ بأنه لا يجوز أن يضار أحد فى عمله ووظيفته بسبب أصله أو أرائه أو معتقده (١٧٠).

Art 416. C.L. Loi du 1er Juilil 72 Sanctionne le refus d'embauchage ou de licenciement - a raison de l'origine, de l'appartenance ou non a une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée." (١٧٠)

L. 412 c. Trav. loi 27 avril 56.

حيث يحظر أن يكون للإلتساء أو النشاط النقابى تأثير على تعيين العامل أو نظامه الوظيفى أو جزاءاته التأديبية بما فيها الفصل.

يحظر أن تتضمن اللوائح الداخلية ما يضر العامل L. 122 - 35c. Trav. فى وظيفته أو عمل بسبب جنسه أو اخلاقه أو مركزه العائلى أو أصله أو أرائه أو معتقده الدينية أو اعاقته، طالما تساووت كفاءته المهنية مع غيره من العمال. L. 122 - 45c. Trav. حيث يحظر أن يصدر الجزاء التأديبى أو الفصل التأديبى استنادا لأحد هذه الدوافع المحظورة فى التمييز بين العمال.

الثاني: الا يكون من بين هذه البيانات ما يتصل بالحياة الخاصة لطالب العمل ما لم يكن منها ما يعتبر ذو صلة مباشرة وضرورية بالنشاط المهني لطالب العمل.

وفي ذلك. قضى (١٧١) بأن:

"Le questionnaire d'embauchage ne saurait concerner les domaines qui n'ont pas de lien direct et necessaires avec l'activite' professionnelle du candidat à l'emploi".

فيما وراء هذين التدين، فإن رب العمل حر في طلب أي بيانات من طالب العمل، تمكنه من التعرف على شخصيته وقدراته - تحصيله العلمي وخبراته السابقة - وحسن سيره وسمعته ويدخل في ذلك الحق في الاطلاع على صحيفة حالته الجنائية وكذا كل بيان - ولو اتصل بحياته الخاصة (١٧٢) - تستلزمه طبيعة الوظيفة المزمع اسنادها اليه، لأن كل هذا من عناصر الحكم على صلاحية طالب العمل (١٧٣).

art L 123 - 1; L 140 - 2.

V. Camerlynck - Lyon - Caen, J. Pelissier: Précis Dalloz. droit du Travail 12 e ed. P. 190 - 196; Jean claude Javillier: manuel du droit du Travail L.G.D.J. 1988; A. Brun. H. Galland: dr. du Travail 2e ed. 78.P. 504 - 505; propositions de la C.G.T. Française: Dr. o. août 1981 P. 277.

Cass. 17 - 10 - 73. J. C.P. 74 V 17698 note saint J. ; Michel Despax. (١٧١)

J. Pelissier "la gestion du personnel" T. 1 ed. Cujas P. 60; V. Lamy Soc. ed. 1984 V. rubrique: embauchage N. 17; A. Brun - H. Galland op.cit., P. 513 - 514. "l'employeur ne peut exercer un droit de regard sur des éléments intimes d'ordre strictement Privé".

(١٧٢) شأن تحرى العقيدة الدينية أو الحالة العائلية لطالب العمل كمدرس في مدرسة كاثوليكية. أو تحرى الاتجاه السياسي لطالب العمل كصحفي في جريدة حزبية.

(١٧٣) V. Michel Despax - J. Pelissier op.cit. T.1 P. 60 "le droit du salaire au respect de sa vie privée ne droit pas mettre l'employeur dans l'impossibilité de se renseigner d'une façon précise sur les aptitudes, les

وهذا هو ما يفسر أن من بين مسوغات التعيين في قانون العاملين المدنيين بالدولة (١٧٤) : صحيفة الحالة الجنائية لاثبات عدم سبق الحكم بعقوبة مائة من التعيين.

- ما يثبت أنه محمود السيرة حسن السمعة. كما ورد بقرار وزير العمل رقم ٨٢/٢٣ باصدار اللائحة النموذجية لتنظيم العمل في م ١ منه أن: "كل طلب استخدام يقدم للمنشأة ينبغي أن يكون مصحوبا بالشهادات والأوراق الآتية:-

١- شهادة الحالة الجنائية

وعلى العامل أن يقدم كذلك كافة المستندات الأخرى التي تطلبها منه المنشأة. وكل تغيير يطرأ على البيانات الخاصة بالعمال يجب الاخطار عنه كتابة بالبريد المسجل بعلم الوصول خلال مدة لا تتجاوز ثمانية أيام من تاريخ حصوله والا تعرض للجزاء المترتب على ذلك. كما ورد بالمادة الثانية من نفس القرار "إذا ظهر بعد التعيين أن العامل قدم بيانات أو قرارات أو توصيات أو شهادات غير صحيحة تتخذ إجراءات مساعلته وتعتبر في هذا الشأن كافة البيانات والمستندات المشار إليها في المادة السابقة جوهرية في التعيين".

antécédents et la formation interieure"; V. Contre: soc. 25 avril 1990: = cah. soc. 1990, A 38: le salarié n'avait pas l'obligation, lors de son embauchage, de faire mention d'antécédents judiciaires; ainsi le fait qu'un salarié ait dissimulé lors de son embauchage une condamnation pénale antérieure ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement".

(١٧٤) أنظر م ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٧٨/٤٧ - قرار لجنة شئون الخدمة المدنية رقم ٧٨/٢ - قرار لجنة شئون الخدمة المدنية رقم ٧٨/٢ منشور في الوقائع المصرية ٧٨/٩/٢٥ ع ٢٢٠.

وعلى ذلك فإن كذب طالب العمل بتقديمه بيانات أو شهادات غير صحيحة عن حالته الجنائية يعتبر تكديسا، يستطيع صاحب العمل الاستناد إليه لإبطال العقد خلال ثلاث سنوات من انكشاف التكليس له (م ٢/١٤٠ مدنى) على اعتبار أن التكليس بالكذب أنصب على بيان جوهرى ما كان صاحب العمل ليرى العقد لو علم بحقيقته. بالنظر لما يتميز به عقد العمل من اعتبار شخصى وبالنظر لأهمية الحالة الجنائية فى بناء الثقة فى طالب العمل. سواء صدر التكليس من العامل ردا على الأسئلة الموجهة إليه من صاحب العمل عن حالته الجنائية التى تضمنتها صحيفة الحالة الجنائية (١٧٥) أو التى لم تتضمنها (١٧٦). سواء صدر التكليس فى صورة تطوعه ببيانات إضافية غير صحيحة عن حسن سمعته لم يطلبها رب العمل (١٧٧).

سواء كانت الادانة- أو الجريمة فى حالة عدم صدور الحكم بعد- صادرة بمناسبة جريمة من الجرائم الموصوفة (م ٦٠/٧-٦٧ عمل) والمعتبرة خطأ تأديبيا أو كانت فى غير ذلك من الجرائم لما هو معلوم من عدم انحصار الخطأ التأديبى فى صور محددة، وارتباطه بطبيعة الوظيفة ومتطلبات العمل وهدف المشروع وهو ما يكون محل تقدير فى كل حالة على حدة.

(١٧٥) كما إذا توصل عن طريق إتاحتل اسم شخص آخر إلى الحصول على صحيفة حالة جنائية لا تخصه، أو إذا ما زور فيها.

art 774 c. P. P. Fr.

"Une personne qui, en prenant un fausse nom, ou une fausse qualité, se ferait delivrer un extrait de casier judiciaire autre que le sien."

(١٧٦) حيث توافق فى الإدانة الميادرة تجاهه شروط عدم إدراجها فى صحيفة الحالة الجنائية كسابقة أولى. أو حيث يكون قد ارتكب جريمة لم تصل بعد إلى علم السلطات أو أثناء التحقيق معه فيها وقبل رفع الدعوى العمومية.

(١٧٧) م ٢ من اللائحة النموذجية لتنظيم العمل بالقرار ٨٢/٢٣.

أضف الى أن المشرع اعتبر انتحال العامل شخصية غير صحيحة أو تقديمه شهادات أو توصيات مزورة من قبيل الخطأ التأديبي المبرر للفصل المشروع (م ١/٦١ عمل^(١٧٨)). لكن هل نستطيع أن نعتبر ما يصدر من طالب العمل من كتمان ما صدر ضده من ادانة لم تظهر في صحيفة الحالة الجنائية- ولو لم يسأل عنها- من قبيل التدليس؟

قد يبدو ذلك باعتباره من باب السكوت عمدا عن واقعة جوهرية ما كان صاحب العمل ليرم العقد لو علم بها- لما لها من تأثير على ثقة العامل وصلاحيته- خاصة أن صاحب العمل ما كان يستطيع أن يعلم بها من غير المتعاقد نفسه، وبالتالي يكون كتمانها متعارضا مع مقتضيات حسن النية في التعاقد.

الا أننا لا نميل الى اعتباره كذلك، على اعتبار أن تنظيم المشرع لصحيفة الحالة الجنائية وما يدرج فيها وما لا يدرج، يجعل ما يثبت في صحيفة الحالة

(١٧٨) من جانبنا نفضل استخدام آلية الإبطال المخصصة لمواجهة شروط الصحة المصاحبة لأبرام العقد، بينما الانتهاء بالارادة المفردة استنادا للخطأ التأديبي يواجه ما يطرأ بعد إبرام العقد.

- أنظر د. علي عوض حسن - الوجيز في شرح قانون العمل الجديد - ١٩٨٢ من ٣٣٠ حيث يقرر أن لصاحب العمل في هذه الحالة إبطال العقد للتدليس أو الغلط كما أن له أن يستخدم الحق في الفسخ أو الانتهاء. من جانبنا: نرى أن هذا ليس هو مقام التمسك بالغلط. لأن الغلط هو توهم تلقائي للمتعاقد حول وجود أو تخلف صفة جوهرية بينما في حالتنا هذه نحن أمام تدليس.

كما نرى أنه ليس مقام التمسك بالفسخ لأن الفسخ لهو جزاء اخلال المتعاقد بالتزام تعاقدى من التزامات العقد الذي أبرم صحيحا. بينما ما صدر من المتعاقد في حالتنا عاصر إبرام العقد ولا علاقة له بتنفيذه.

الجنائية هو نطاق المعلومات التي يلزم طالب العمل بتقديمها وعدم اخفائها. ودليل ذلك أن تقديم هذه الصحيفة بما تتضمنه وفقا للشروط القانونية لتسجيل الأحكام هي مسوغ التعيين، بحيث يترك ما عداها من بيانات مما لم يظهر في صحيفة الحالة الجنائية لاتفاق الطرفين. بحيث اذا سأل عنها صاحب العمل صراحة، تعين على طالب العمل تحرى الصديق في الاجابة عنها وكذا اذا ما تلوع بهذه المعلومة، مما لم يظهر في صحيفة الحالة الجنائية.

أما حيث يكتفى صاحب العمل في تكوين عقيدته عن صلاحية العامل بما هو مثبت في صحيفة الحالة الجنائية، فنرى الا يعتبر كتمانته وسكوته عن ما لم تتضمنه صحيفة الحالة الجنائية من باب التدليس^(١٧٩).

لما عن التزام العامل باحاطة رب العمل علما بما صدر عنه من جرائم أو صدر تجاهه من ادانة أثناء سريان عقده، فإنه في الواقع فرض مدرسي. لأنه لا يوجد ما يمنع صاحب العمل اذا ما اكتشف تورط العامل في جريمة من الجرائم- التي وقعت منه أثناء سريان عقده والتي يعتبر ارتكابها خطأ تأديبي- مفترض تشريعيا أو يعتبره هو اذلك تحت رقابة القضاء- أن يستند اليها لانهاء عقده بالفصل أو الفسخ. الا أننا نرى في نفس الوقت أن العامل وان التزم بالامتناع عن كل ما يتعارض مع مقتضيات وظيفته أو يخل بحسن سير العمل في المشروع- سواء كان له وصف الجريمة أو لم يكن - الا أنه

^(١٧٩) un "Cass. soc. 25 avril 1990 G. P. 1990 Panorama P. 183" ... il était reproché à un

salarié, d'avoir dissimulé, lors de son embauche une condamnation pénale antérieure, les juges du fond, après avoir relevé que celui-ci n'avait pas l'obligation de faire mention d'antécédents judiciaires, en ont justement déduit que son silence n'avait pas un caractère dolosif et ont, par une décision motivée, décidé dans l'exercice des pouvoirs qui ils tiennent de l'art 122 - 14 - 3 c. Trav. que le licenciement ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse".

ليس من واجباته القانونية أو من مقتضيات حسن النية أن يبلغ صاحب العمل عما صدر عنه من مخالفات ما لم تكن إحاطة صاحب العمل علما بكل ما صدر منه أثناء عمله هي من ضمن ما صدر له من أوامر تنظيمية^(١٨٠).

مطلب ثالث

العوارض المؤثرة على دلالة الحكم الجنائي النهائي بالادانة

في المقابل لما سبق قد يعقب حكم الادانة ما يعتبره القانون ذو اثر على الوجود القانوني لحكم الادانة أو على دلالاته بالنسبة للمستقبل. وهو ما يعرض في شأن رد الاعتبار وانتضاء فترة وقف تنفيذ العقوبة دون الغائها. والعفو الشامل عن الجريمة. وهو ما سنعرض اليه في هذا المطلب لتقصي انعكاسه على دلالة الحكم الجنائي النهائي بالادانة في المجال التأديبي.

أولاً: رد الاعتبار

ادراكا من المشرع بأن القانون التأديبي رغم ذاتيته واستقلاله، يتأثر أحيانا بالقانون الجنائي في خصوص تحديد الخطأ التأديبي^(١٨١) وفي تحديد مفهوم

(١٨٠) Cass. soc. 8 juin 79 J.C.P. 80 II 19441 obs. christian atias. "le salarié a commis une faute grave dès lors qu'après avoir heurté une voiture au cours d'une manoeuvre sur un aire de stationnement, il ne s'est pas fait connaitre à la victime et n'en a pas rendu compte à l'employeur ainsi qu'il y est tenu à chaque retour de voyage, et qu'il a été poursuivi pour délit de fuite, l'employeur était cité comme civilement responsable".

(١٨١) حيث أقام قانون العمل - م ٦١ - م ٦٧ - وقانون العاملين المدنيين بالدولة - م ٧/٩٤ - وقانون العاملين بالقطاع العام - م ٧/٩٦ - وقانون شركات قطاع

حسن السيرة والسمعة كمستلزم للتعيين (١٨٢).

الأعمال العام - م ٤٥ - قرينة قاطعة على الخطأ التأديبي المبرر لانتهاء على الحكم بالإدانة في إحدى الجرائم الموصوفة بالنص.
المستلزم صراحة في م ٢/١٦ (٧٨/٤٨) وفي م ٢/٢٠ (٧٨/٤٧) والنتيجة الطبيعية لحرية التعاقد في مجال قانون العمل.

ذلك أنه برغم مرونة واتساع مفهوم حسن السيرة والسمعة إلى ما يتجاوز ارتكاب المحرم أو المجرم إلى البعد عن كل ما يجلب الذلّة وعن مواطن الشبهات والريب ومحقرات الأمور ومزرياتها فيما يعد من كل هذا مناقضا للثقة الواجبة والاحترام المستلزم بحسب طبيعة الوظيفة والعمل. فإنه الذي لا شك فيه أن ارتكاب الجرائم سواء ما يدرج منها في صحيفة الحالة الجنائية - سواء تلك الموصوفة كخطأ تأديبي مم ٦١ عمل - يدخل في تقدير حسن السيرة والسمعة بحسب طبيعة كل وظيفة ومقتضياتها. أضف إلى أن مستوى حسن السيرة والسمعة يتفاوت تبعاً للوظيفة وخطورتها ومسئولياتها (إدارية عليا ١٠/١١/٦٢ مشار إليه في د. محمود حلمي - المرجع السابق ص ٦٣).

على أن يكون مفهوماً أن التدليل على سوء السمعة يحتاج إلى وجود دليل قاطع على تحقق الواقعة ونسبتها للعامل التي استخلص منها أنها تلقى ظلالاً من الشك والريبة على سمعته لأن الأصل هو حسن السير والسلوك ما لم يثبت العكس (د. محمد أنيس قاسم جعفر - الوسيط في القانون العام - ١٩٨٤ ص ٣٣٦).

وهذا ما تؤكد الأحكام من ضرورة استناد الادعاء بفقد الثقة على اعتبارات موضوعية يمكن التحري منها وليس على مجرد شائعات لا سند لها أو تسمعات متناقلة بغير تأسيس.

Cass. soc. 9 Janv. 91; cass. soc. 7 mars 91, G.P. 91 No 5 Pan. 251.

إلا أنه يراعى أن القضاء اختلف فيما يعتبره من الاعتبارات الموضوعية التي يمكن الاستناد إليها لاستخلاص سوء السمعة.

- فبعض الأحكام اعتبرت الضجة الاعلامية الصحفية المصاحبة لتقديم العامل للمحاكمة من باب الاعتبارات الموضوعية للكافية للاستناد إليها للقول بفقد الثقة في العامل برغم صدور الحكم ببراءته لعدم كفاية الأدلة.

Cass. soc. 12 mars 91 G.P. 91 Pan. 251.

Cass. soc. 7 mai 69 D. 69 J 5; Cass. soc. 8 oct. 70 D. 71 somm. 68.

- إلا أنه لا يشترط في الاعتبار الموضوعي أن يصل لمستوى الحكم الجنائي، طالما أن الواقعة التي استفيد منها سوء السمعة ثابت نسبيتها للعامل وإن لم يكن لها طابع جنائي. إدارية عليا ١٩٦١/٥/٢٠ - مشار إليه في د. محمد مختار عثمان - المرجع السابق - ص ١٢٢ - بل قد يكون لها طابع مشروع طالما أن اتيانها يتعارض مع مقتضيات الوظيفة. أنظر أمثلة لما فرضته م ٥٢ من القانون ٥٨ لسنة ٧١ من واجبات على العامل.

- أنظر أمثلة قضائية فيما اعتبر مغل بحسن السمعة: كل ما يتضمن مخالفة للقيم الدينية السائدة كما هو الحال في اصطحاب موظف لزميلة إلى شقة أحد العزاب والافتراء بها بعض الوقت.

وتقديرًا من المشرع لما يتعرض له المحكوم عليه بحكم جنائي نهائي
بالادانة - خاصة في شأن الجرائم الموصوفة بالنص كخطأ تأديبي (١٨٣) -
من حرمانه من الحقوق والمزايا والتأثير سلبيا به في نطاق الحياة المهنية على
مستوى البقاء في الوظيفة أو الالتحاق بها.

وأما إذا كان تحميل المحكوم عليه بهذه الآثار السلبية كنتيجة للادانة مما
تقتضيه العدالة، باعتبار أن الادانة - خاصة في هذه الجرائم - تعتبر كاشفة

= - المهم في رأينا أن تكون الواقعة المنسوبة للعامل والمستفاد منها سوء السمعة
ثابتة في حق العامل وليس مجرد شبهة. كل ما في الأمر أن الواقعة التي يستفاد
منها سوء السمعة والخروج على كرامة الوظيفة تختلف بحسب الكُرف العام
وحسب طبيعة الوظيفة وما يحكم للمجتمع من أخلاقيات وتقاليد.
وفي ذلك تقرر المحكمة الإدارية العليا في ١١/١٢/٧١ ص ٧٣ وهو
شرط عند الالتحاق بالخدمة وكذلك شرط لازم قيامه لتلقيها، والموظف الذي ينضم
بسوء السيرة، من حق الإدارة، بل من واجبها، أن توقع عليه العقوبات التي تراه
محققة للمصالح العام، وذلك متى أطمأنت واقتنعت بصحة ما نسب إلى الموظف
من أمور تخدش السمعة والسيرة.

كأنه يشترط في الواقعة محل الاستدلال أن تكون قطعية للثبوت وإن لم تكن
قطعية الدلالة فيكتفى في دلائلها أن تكون ظنية بأن تكون مما يستفاد منها لقاها
بظلال من الشك والشبهة القوية على سوء السيرة والسمعة. - انظر في أمثلة من
الوقائع التي استفيد منها الإساءة للسمعة - سليمان محمد الطماوى. القضاء
الإداري. قضاء التكايب - ١٩٨٦ - ص ١٩٤ ٢١٠.

حكم فرنسي هلم

Cass. soc. 10 Oct. 91 G.P. 91 No6 som. 320 " ni les sous-pçons, ni les
rumeurs visant le salarie et non étayés sur des faits précis, ne pouvaient
constituer une cause réelle et sérieuse de lic."

- أنظر في نعي حكم محكمة إدارية - الإسكندرية - بإلغاء قرار رئيس جامعة
الإسكندرية فيما تضمنه من تخلى أحد المتقربين في التعيين بوظيفة معيد
بحجة اعتراض جهة الأمن على تعيينه بدون وقائع محددة. منشور في الأهرام
في ٩٢/٨/٨ ص ١٥.

(١٨٣) هذه وإن لم يرد النص عليها في قانون العمل كمائع للتعيين - شأن ما ورد في
قانون العاملين المدنيين بالدولة أو العاملين بشركات قطاع الأعمال العام - فاتها
تعتبر لذلك قياسا على اعتبارها خطأ تأديبيا مبررا للانهاء (م ٦١ - م ٦٧ عمل).

عن انحراف فى سلوك المحكوم عليه عن جادة الصواب وخروجاً عن
 الناموس الاجتماعى العام للمجتمع والخاص للمشروع بما يصمم صاحبه بسر
 السمعة والسلوك. فإن العدالة نفسها تقتضى الا تظل وصمة الاجرام لاحقة
 للأبد بالمحكوم عليه، حيث ينبئ سلوكه خلال مدة معقولة - تتناسب مع ما
 ارتكبه من جريمة - عن توبة وعود للصرائط المستقيم ورغبة فى الالتئام مع
 الهيئة الاجتماعية، واحترام الناموس الاجتماعى. بحيث يثبت أن تنفيذه للعقوبة
 كان تطهيراً له أكد به سلوكه السوى أثناء تنفيذها وبعده. وهو ما يدفع المجتمع
 لأن بغض الطرف عن اذنبته السابقة ويفتح له باب الحياة الشريفة كمواطن
 عادى بحيث يعامل فى مستقبل أيامه كأن لم يصدر تجاهه حكماً بالادانة من
 قبل.

القول بغير هذا فيه من ناحية: تضيق للفرد لكبوة كباها ومن ناحية أخرى:
 خطورة على المجتمع حيث ينقلب المحكوم عليه وبالأعلى لا يردعه رادع أو
 يحدوه أمل. والله العليم الخبير بما يصلح عباده، فتح باب التوبة أمام العاصين،
 وهو القائل فى محكم كتابه فى من كان حرباً على المسلمين "فإن أئنتهوا فإن
 الله يغفور رحيم" (١٨٤) ثم القائل فى شأن الذنوب عموماً "والذين إذا فعلوا
 فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب الا
 الله ولم يصروا على ما فعلوا وهو يظلمون" (١٨٥) والقائل "أتى غفار لمن تاب
 وأمن وعمل صالحاً ثم اهتدى". وهو ما أكد به الرسول عليه الصلاة والسلام
 فيما روى عنه من أن "الحدود كفارات لأهلها".

(١٨٤) سورة البقرة آية ١٩١.

(١٨٥) آل عمران آية ١٣٥.

ذلك هو ما ترجمه المشرع فيما يعرف بـ رد الاعتبار (م) ٥٣٦ - ٥٣٣ إجراءات جنائية). والذي يقوم أساسه على أنه قد تبين سواء بطريقة فعلية (١٨٦) أو بطريقة حكمية (١٨٧) أن المحكوم عليه، بعد تنفيذ العقوبة عليه أو صدور عفو عنها أو سقوطها، قد صلح أمره والتزم السلوك السوي بحيث ثبتت جدارته في أن يخض الطرف في مستقبل أيامه عما صدر تجاهه من حكم بالادانة. بحيث يعتبر رد اعتباره إليه بمثابة اعتراف من المجتمع بصلاح المحكوم عليه وعدوله عن سبيل الاجرام بما يستحق معه ازالة وصمة الادانة عنه وتمكينه من استعادة وضعه كمواطن عادى. هذا نفسه هو ما عبرت عنه المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٣١ (١٨٨).^١ إن الحكم بعقوبة جنائية أو جنحة يؤدي إلى الانتكاس من شخصية المحكوم عليه، ويحول دون استعادة مكانته السابقة في الهيئة الاجتماعية، ودون الوصول إلى مركز شريف، لأن الحكم بالعقاب في غالب الأحوال يتبعه الحرمان من بعض الحقوق السياسية والمدنية ويسجل في قلم السوابق فيتعذر على المحكوم عليه الاندماج ثانية في الهيئة الاجتماعية، وليس من العدل أن

(١٨٦) وهو ما يتم بمناسبة رد الاعتبار القضائي الذي تتمتع المحكمة في تقريره بسلطة تقديرية إذا رأت أن سلوك الطالب منذ صدور الحكم عليه يدعو إلى الثقة بتقويم نفسه، مستعينة في تقديرها هذا بتقرير النيابة العامة الذي تبين فيه سلوك الطالب أثناء وجوده في السجن وسلوكه بعد تنفيذ العقوبة أو العفو عنها أو سقوطها. بحيث إذا رفض طلب رد الاعتبار بسبب راجع إلى سلوك المحكوم عليه، فلا يجوز تجديده إلا بعد مضي سنتين.

(١٨٧) وهو ما يكون في شأن رد الاعتبار للقانوني الذي يقدر فيه حكماً، اتصال شأن المحكوم عليه وأحقته لرد الاعتبار بغير طلب أو حاجة لحكم قضائي - من مرور المدة الطويلة - أطول من المدة المستلزمة في حالة رد الاعتبار القضائي م ٥٥٠ إجراءات - على تنفيذ العقوبة أو العفو عنها أو سقوطها دون أن يصدر على المحكوم عليه حكماً مما يحفظ في صحيفة الحالة الجنائية. - أرجع د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٨٩١ - أنظر نقض ١٩٤٢/٦/٢٢ مجموعة ق ١٠.
^١ إن اعادة الاعتبار للمحكوم عليه معناه نفي السيرة حسن الخلق....

(١٨٨) المشار إليها في د. رؤوف عبيد - المرجع السابق ص ٨٨٦.

يحرم شخص من أن يتبوأ في الهيئة الاجتماعية المكان اللائق بكل وطني صالح إذا بذل مجهودا جديا ليهتدى، وأقام الدليل على هذا بحسن سيرته مدة طويلة. على أن من مصلحة الهيئة الاجتماعية نفسها أن يندمج فيها المحكوم عليه الذي تاب وصلاح حاله، ولذلك قررت غالب الشرائع أحكاما لرد اعتبار المحكوم عليهم...".

لهذا الأساس المتمثل في تقدير اتصال سلوك المحكوم عليه وعوده للضوابط السوى والهدف منه المتمثل في إعطاء المحكوم عليه فرصة في الالتئام بالهيئة الاجتماعية واستعادة وضعه كمواطن عادي، أثرهما في تحديد نطاق الآثار المترتبة على رد الاعتبار.

ذلك ما تكلفت به م ٥٥٢ لجزاءات جنائية بنصها على أنه "يترتب على رد الاعتبار محو الحكم القاضي بالادانة بالنسبة للمستقبل، وزوال كل ما يترتب عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية".

مقتضى هذا أنه ليس لرد الاعتبار من أثر على ما أستاذ فيه إلى حكم الادانة في الماضي قبل صدور رد الاعتبار سواء فيما حرم منه المحكوم عليه من رتب أو نياشين أو فيما استند إليه لانتهاء خدمة العامل أو الموظف. بحيث يظل هذا الانتهاء قائما ومشروعا.

ذلك مردده أن ما ترتب من آثار ونتائج على حكم الادانة قام تأسيسا على القرينة القاطعة بانحراف سلوكه وعدم صلاحيته وهو ما لم ينكره أو يقصد محوه رد الاعتبار (١٨٩).

أما بالنسبة للمستقبل، فلقد قصد به أن يصبح المحكوم عليه ابتداء من رد الاعتبار إليه في مركز من لم تسبق ادانته بحيث لا يجوز حرمانه من حق أو من وظيفة استنادا لحكم الادانة الصادر عنه رد الاعتبار ذلك ما لم يوجد نص صريح بذلك (١٩٠). وهو ما يتفق مع أساس رد الاعتبار من تقدير انصلاح حال المحكوم عليه بما لا مساغ معه لملاحقته بوصمة الادانة الصادر عنها رد الاعتبار.

(١٨٩) محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٨٩٨، د. أحمد فتحى سرور - المرجع السابق - ص ٨١٦ - د. رؤوف عبيد - المرجع السابق ص ٨٩٤، د. مأمون سلامة - المرجع السابق - ص ٦٥١، د. محمد زكي أبو عامر - المرجع السابق - ص ٦١١، المستشار عبد الوهاب البندارى - المرجع السابق - ص ٥٤١ رد الاعتبار لا ينال من الأحكام أو القرارات الصادرة من السلطات التأديبية ولو كانت مترتبة على الجريمة الجنائية ذاتها التي كانت موضوع الحكم الجنائي. أنظر ج. فى ١٩٦٨/١١/٦ ملف ٤٣٧/٤/٨٦.

(١٩٠) حيث ينص القانون فى بعض الأحيان صراحة على حظر التعيين فى وظائف معينة بالنسبة لمن يكون قد حكم عليه من المحكوم أو المجلس التأديبية لأمر مغل بالشرف ولو كان قد رد إليه اعتباره وذلك لحساسية هذه الوظائف وما تتطلبه فى القائم بها من البعد عن كل شبهة مثال ذلك ما نصت عليه م ٢٨ من القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية وم ٧٣ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة.

أو ينص على أنه لا يجوز تعيين من سبق الحكم عليه من المحاكم أو من مجالس التأديب لأمر مغل بالشرف، بما يفهم منه أن الخطر يستمر ولو صدر رد الاعتبار - أنظر قانون تنظيم السلك الدبلوماسى والتنظيمى وقانون تنظيم هيئة الشرطة.

من الواقع والواقع لا يحى ونحن أمكن أن نزول آثاره فعلا أو قانونا فإن معانيه ودلالاته قد تبقى لتبقى عنه ومن ثم فإن الحكم برد الاعتبار لا يستطيع أن يزيل ما علق في نفوس البشر وما قر في قلوبهم نحو الجاني أو أن يغير من نظرتهن إليه أو يستعيد ثقتهم فيه أو يحملهم على الاطمئنان إليه.

ومتى كان ذلك فاته يكون قد فقد شرط حسن السمعة كشرط من شروط التعيين في وظيفة المأمون وفي نفس هذا الاتجاه قضت محكمة النقض^(١٩٤)، "الحكم برد الاعتبار وإن ترتب عليه.... محو الحكم القاضي بالادانة بالنسبة للمستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من اعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية، إلا أنه لا يمكن أن يترتب عليه محو الجريمة في ذاتها لأن ما حدث بالفعل قد أضحي من الواقع والواقع لا يحى - على أنه وإن أمكن أن نزول آثاره فعلا أو قانونا فإن معانيه ودلالاته قد تبقى لتبقى عنه، والأمر في ذلك - وبالنظر إلى قانون المحاماة - تقديري يرجع فيه إلى الهيئة التي تفصل في طلبات القيد. ولما كان رد الاعتبار لا يكسب الطاعن حقا خالصا في القيد بجدول المحاماة لأن قانون المحاماة لم يدع كما فعلت بعض القوانين إلى اغفال هذا النظر. بل يستوجب القانون في من يقيد اسمه بالجدول أن يكون حسن السمعة حائزا بوجه عام على ما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة. وهي ذات طابع خاص - ولا يلزم لتخلف هذا الشرط أن يثبت عدم الأهلية بحكم، فإن اللجنة إذ رفضت قيد اللجنة الطاعن استنادا إلى ما

(١٩٤) نقض ٦٩/١٣/٢٠ س ٢٠ ص ٩٩٩ مشار إليه في معوض عبد التواب - قانون الإجراءات الجنائية معقلا عليه أحكام النقض من ١٩٣١ إلى ١٩٨٧ - دار المعارف ١٩٨٧ ص ١١٦٤

الاعتبار في المقابل لا يكفي لتحقيق شرط حسن السمعة الذي يظل تقديره رهن
بالسلطة التقديرية لجهة العمل^(١١٦).

مع ذلك فقد ذهب اتجاه في القضاء جدير بالإشارة إليه، إلى مشروعية
الاستناد إلى حكم الأدانة السابق رد الاعتبار عنه لنفي حسن السيرة والسمعة
عن طالب العمل في بعض الوظائف الحساسة برغم إطلاق نص م ٢/٢٠ في
قانون العاملين المدنيين بالدولة، ودون حاجة لنص خاص شأن ما جاء في
بعض القوانين التي أشرنا إليها.

وفي هذا قضت محكمة القضاء الإداري^(١١٧) "أنه مما لا جدال فيه أن
الحكم على شخص ما في جنائية قتل عمد من شأنه أن يسلبه حسن السمعة
وينتقص من قدره بين الناس ويدعو إلى عدم الثقة فيه أو الأطمئنان إليه....
وأنه ولئن كان الحكم يرد الاعتبار يترتب عليه عملاً بنص م ٥٥٥ من قانون
الإجراءات الجنائية محو الحكم للقاضي بالأدانة للمستقبل وزوال كل ما يترتب
عليه من انعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية إلا أنه لا
يمكن أن يترتب عليه محو الجريمة في ذاتها لأن ما حدث بالفعل قد أضحي

(١١٦) أ.ع - دائرة أولى - إن الخبير المثمن الذي تقرر محو اسمه من سجل الخبراء
المثمين لا تقوم اللجنة المختصة بإعادة قيده إلا بعد بحث شامل لحالته وقت مزاولته
لمهنة وبعد محو اسمه من السجل في ضوء البيانات والمعلومات التي تطمئن إليها
بناء على السلطة التقديرية المخولة لها.

وقالت أن اللجنة إذا وجدت أن عودة الخبير لمزاولة المهنة يسئ إليها ويزعزع الثقة
في المثمنين بها فلا تثريب عليها إذا رفضت. ولأن رد الاعتبار في الأحكام الجنائية
الصادرة في جرائم السرقة والنصب والتزوير والشروع في ارتكابها، أو خيانة
الأمانة، لا يكفي لتحقيق شرط حسن السمعة الواجب توافره للتقيد في هذا السجل.

(١١٧) محكمة قضاء إداري - دائرة استئنافية - الطعن ٢/٩٩٨ ق - ١٩/٧/٧٢ - ص ٣
ص ٥٧٩ مشار إليه في حمدي ياسين عكاشة - القرار الإداري في قضاء مجلس
الدولة - ١٩٨٧ ص ٤٥٧.

من الواقع والواقع لا يحى ونحن أمكن أن نزول آثاره فعلا أو قانونا فإن معانيه ودلالاته قد تبقى لتبقى عنه ومن ثم فإن الحكم برد الاعتبار لا يستطيع أن يزيل ما علق في نفوس البشر وما قر في قلوبهم نحو الجاني أو أن يغير من نظرتهن إليه أو يستعيد ثقتهم فيه أو يحملهم على الاطمئنان إليه.

ومتى كان ذلك فاته يكون قد فقد شرط حسن السمعة كشرط من شروط التعيين في وظيفة المأمون وفي نفس هذا الاتجاه قضت محكمة النقض (١٩٩)، "الحكم برد الاعتبار وإن ترتب عليه.... محو الحكم القاضي بالادانة بالنسبة للمستقبل وزوال كل ما يترتب عليه من اعدام الأهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية، إلا أنه لا يمكن أن يترتب عليه محو الجريمة في ذاتها لأن ما حدث بالفعل قد أضحي من الواقع والواقع لا يحى - على أنه وإن أمكن أن نزول آثاره فعلا أو قانونا فإن معانيه ودلالاته قد تبقى لتبقى عنه، والأمر في ذلك - وبالنظر إلى قانون المحاماة - تقديري يرجع فيه إلى الهيئة التي تفصل في طلبات القيد. ولما كان رد الاعتبار لا يكسب الطاعن حقا خالصا في القيد بجدول المحاماة لأن قانون المحاماة لم يدع كما فعلت بعض القوانين إلى اغفال هذا النظر. بل يستوجب القانون في من يقيد اسمه بالجدول أن يكون حسن السمعة حائزا بوجه عام على ما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة. وهي ذات طابع خاص - ولا يلزم لتخلف هذا الشرط أن يثبت عدم الأهلية بحكم، فإن اللجنة إذ رفضت قيد اللجنة الطاعن استنادا إلى ما

(١٩٩) نقض ٦٩/١٠/١٣ س ٢٠ ص ٩٩٩ مشار إليه في معوض عبد التواب - قانون الإجراءات الجنائية معقلا عليه أحكام النقض من ١٩٣١ إلى ١٩٨٧ - دار المعارف ١٩٨٧ ص ١١٦٤

تبينته من ماضيه تكون قد استعملت سلطاتها في التقدير الذي تقرر عليه المحكمة.

- هذا الرأي وإن كان يفكر للأساس للقانوني فإنه له فضل مراعاة الاعتبار الواقعية.

أما عن كونه يفكر للأساس القانوني: فإنه في مجال قانون العاملين المدنيين بالدولة والعاملين بشركات قطاع الأعمال العام يصطدم مع صريح النص في إسقاط المانع من التعيين بالنسبة لمن رد إليه اعتباره على وجه لا استثناء عليه بما يشمل كل من رد إليه اعتباره أيا كانت الجريمة التي أدان بمناسبتها ولو كانت مخلة بالشرف^(١٩٥) وأيا كانت الوظيفة التي يتقدم للتعيين فيها أيا كانت متطلباتها ومليستها.

وفي مجال قانون العمل، فإن خلوه من نص على إسقاط المانع من التعيين بالنسبة لمن رد إليه اعتباره مقتضاه تطبيق القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات الجنائية على النحو الذي فصلناه آنفاً.

كما أنه يمتنع القياس على الوظائف التي ورد في شأنها نص خاص على بقاء المانع من التعيين رغم رد الاعتبار لأن الاستثناء لا يقاس عليه.

أما عن كون هذا الرأي له فضل مراعاة الاعتبار الواقعية: فيتمثل في أن نجاح التنظيم رهن بتحقيق التوازن بين مصلحة طالب العمل الذي رد إليه اعتباره في تسهيل التناغم مع الهيئة الاجتماعية وفتح الأبواب أمامه ليعيش

(١٩٥) نقض ٣٢/١/٤ تمس القانون مطلق من كل قيد، يمكن أن يرد على الجريمة التي صدر من أجلها الحكم أو على العقوبة المحكوم بها. سواء أكانت الجريمة ماسة بالشرف أم غير ماسة به.... فلنص يشملها جميعاً ولا يفرق بين نوع وآخر منها.

حياة سوية دون أن تلاحقه وصمة الادانة، وهو ما يقتضى من حيث المبدأ - فى مجال الحياة المهنية - اسقاط امكان الاستناد للادانة الصادر عنها رد الاعتبار كماتع للتعين وكاساس للاحاق سؤ السيرة والسمعة بصاحبها، الا أنه من ناحية أخرى الأمر يقتضى الأخذ فى الاعتبار بمصلحة صاحب العمل فى أن تكون له حرية اختيار الشخص المناسب للوظيفة داخل مشروعه وهو ما يقتضى من حيث حسن السياسة التشريعية تخصيص بعض الوظائف التى يظل فيها مانع التعيين قائما حتى بالنسبة لمن رد اليه اعتباره، لما تتميز به هذه الوظائف وما تتطلبه من درجة عليا من الثقة فيمن يتولاها بحيث يكون بعيدا عن كل شبهة أو ريب حول سمعته. هذه الوظائف تحديدها إما أن يتم وفقا لمعيار جامد شأن وظائف الادارة العليا - التى يقدر أن الاعتبار الشخصى فيها أظهر من غيرها - أو أن يتم تحديدها وفقا لمعيار مرن يستند فيه الى طبيعة الوظيفة ومقتضاياتها وحساسيتها حيث تتطلب درجة عليا من الثقة فيمن تستند اليه.

وفى جميع الأحوال الأمر يحتاج الى نص خاص يقرر من ناحية المبدأ الأساسى، الا وهو اسقاط مانع التعيين بالنسبة لمن رد اليه اعتباره بحيث لا يجوز رفض تعيينه استنادا لحكم الادانة الصادر عنه رد الاعتبار، ويقرر من ناحية أخرى الاستثناء المتمثل فى أنه فى شأن الوظائف ذات الحساسية أو ذات الطبيعة الخاصة يحتفظ صاحب العمل بحريته فى رفض تعيين طالب العمل استنادا لادانته السابقة - ولو رد اليه اعتباره - دون حاجة لاقامة الدليل على سؤ سمعته.

هذا بالنسبة لطالب العمل، أما بالنسبة للعامل الذى ظل فى وظيفته ولم يفصل منها استنادا للحكم بالادانة الى حين رد اعتباره؟ فالفرض نادر، وان كان متصور بالنسبة لمن سقطت عنه العقوبة أو صدر عنها عفو.

وفى هذه الحالة يميز بين فرضين:

الأول: تحقق علم صاحب العمل بحكم الادانة قبل رد الاعتبار وفى هذا نحيل لما سبق أن درسناه فى شأن أثر تقادم العقوبة وأثر العفو عنها.
الثانى: حيث يتأخر علم صاحب العمل بالادانة الى ما بعد رد الاعتبار. فى هذه الحالة نرجح عدم امكان صاحب العمل الاستناد للادانة السابقة لفصل العامل، وذلك لمحوها واعتبارها كأن لم تكن برد الاعتبار. وهذه الآثار تتعلق بالنظام العام ولا تتوقف على علم صاحب العمل أو عدم علمه بالادانة السابقة.

فرد الاعتبار مؤداه عدم جواز اثبات الخطأ للتأديبى فى حق العامل استنادا للادانة الصادرة عنها رد الاعتبار. ولا يقال أن هذا للراى مؤداه تطبيق رد الاعتبار بأثر رجعى على خلاف نص م ٥٥٢ اجراءات. ذلك أن الأثر الرجعى الممنوع هو محو انتهاء عقد العامل المتحقق قبل رد الاعتبار استنادا للادانة السابقة أما حيث لم يستخدم صاحب العمل حقه فى الانتهاء قبل رد الاعتبار لسبب أو لآخر فإنه لا يكون قد مارس حقا يمتنع محوه به بل يكون قاصدا الاستناد لادانة جزدها القانون، من تاريخ رد الاعتبار، من كل أثر

قانوني^(١١٦). فهو من قبيل المركز القانوني الذي لم يكتمل والذي ينصرف إليه أثر رد الاعتبار بأثر فوري.

ثانياً: انقضاء الايقاف بغير الغاء حكم وقف تنفيذ العقوبة

رأينا فيما سبق أن الحكم بوقف تنفيذ العقوبة لا ينفي ادانة المحكوم عليه في الجريمة^(١١٧) كما لا ينفي أن المحكوم عليه قضى عليه بالعقوبة، كل ما في الأمر أن وقف التنفيذ حال دون تنفيذها.

كما أننا اعتبرنا فيما سبق أن وقف تنفيذ العقوبة ولو شاملا لجميع الآثار الجنائية يعتبر من قبيل العوارض غير المؤثرة على دلالة الحكم الجنائي النهائي بالادانة بما لا يمنع من الاستناد اليه كماتع للتعينين أو كسبب لانتهاء

(١١٦) أرجع المستشار البنداري - المرجع السابق - ص ٥٤٧ - ٥٤٨ في عرض الخلاف حول ما اذا عين الشخص قبل أن يرد اليه اعتباره وظل في الوظيفة حتى رد اليه اعتباره.

- ذهب رأى الى أن رد الاعتبار اللاحق للتعينين، لا يمنع من ضرورة سحب قرار التعيين لأنه وقع معدوما وبالتالي لا يصححه رد الاعتبار اللاحق باعتبار أن مقتضى سلطة الادارة المقتدة في التعيين أنه لا يجوز تعيين من صدر تجاهه ادانة في احدى الجرائم الموصوفة، وبالتالي فحيث تخالف الادارة مقتضى هذا القيد القانوني يكون قرارها معدوما. فيما يجوز تعيين الشخص المذكور تعيينا جديدا بعد رد اعتباره (في لدارة الفتوى للجهات المركزي للتنظيم والادارة بمجلس الدولة رقم ٦٢١٨ في ٦/١٢/٧١. ملف ٥٦٩/٤/٩.

- بينما ذهب رأى اخر الى عدم جواز سحب قرار التعيين بعد زوال المانع من التعيين أي بعد اعتبار الحكم كأن لم يكن.

الجهات المركزي للتنظيم والادارة بمجلس الدولة رقم ٤٨٦٧ في ١٩٦٧/٧/٢٣ ملف ٦٨/١/١ - وفتاها بالملف ٥٨٣/٤/٩ في ٧٠/١/٦ والملف رقم ٣٨٨٦/١/١ في ٦٩/١٢/٧٢.

(١١٧) التي قد تمثل خطأ تأليسيا بنص القانون كما هو ورد في م ٦١ - م ٦٧ عمل وم ٧/٩٤ من العاملين المدنيين. وم ٤٥ من قانون شركات قطاع الأعمال العام.

الخدمة، على خلاف ما أُنْجِه إليه قاتون العاملين المدنيين بالدولة وقانون شركات قطاع الأعمال العام ورأى جانب من الفقه والقضاء.

الا أنه مما لا ينكر أن الحكم بوقف التنفيذ يستند الى تدبير المحكمة أن ظروف المحكوم عليه - الواردة بالمادة ٥٥ عقوبات - تدعو إلى الاعتقاد إلى أنه لن يعود لمخالفة القانون وإلى عزم المحكوم عليه على الالتزام بجادة الصواب في مستقبل أيامه (١٩٨).

مما يخلق لدى المحكوم عليه إرادة التأهيل، أملا في أن يحى من صحيفته الحكم بالادانة بحيث يتمكن بعد إنقضاء مدة وقف التنفيذ - دون الغاء الحكم بالوقف - أن يلتئم من جديد مع الهيئة الاجتماعية دون أن يكون ملاحقا بوصمة الادانة السابقة. هذا ما يدعو القانون إلى تقرير أن انقضاء فترة وقف تنفيذ العقوبة، بغير أن يصدر خلالها حكما بالغائه، يعتبر قرينة قاطعة على إنصلاح حال المحكوم عليه والتزامه بجادة الصواب مما يستحق معه أن يعتبر المجتمع الحكم الصادر عليه كأن لم يكن، وهو ما يعادل رد الاعتبار القانوني له بما يرتبه من آثار.

ولقد أشرنا فيما سبق إلى أن آثار رد الاعتبار في المجال التأديبي تستند للقرينة القانونية بإصلاح سلوك المحكوم عليه وإنشاء سوء السمعة عنه. كما يسقط أساس نسبة الخطأ التأديبي إليه استدلالا من إدانته التي

(١٩٨) أضف الى تقديرها أن مجرد الحكم بالعقوبة ولو مشمولة بوقف التنفيذ يحقق لدى المحكوم عليه الزجر والردع الخاص والإيلاء المقصود من توقيع العقوبة والدافع للتأهيل الاجتماعي.

رد اعتباره عنها. القول بغير هذا يتعارض مع غرض المشرع فى إتاحة الفرصة من جديد أمام المحكوم عليه - الذى رد إليه اعتباره - للإندماج فى الهيئة الإجتماعية متحررا من ادانته السابقة.

وهو ما يترتب عليه أن يصبح المحكوم عليه من تاريخ انقضاء مدة الوقف، فى وضع من حصل على رد اعتباره. بحيث يعامل بأثر مستقبل من هذا التاريخ كأن لم يصدر تجاهه حكما بالإدانة^(١٩٩)، لكن بغير محو لما استند فيه قبل ذلك للإدانة لأنه ليس لرد الاعتبار أثر رجعى.

نحول إذن فى شأن آثار انقضاء مدة وقف التنفيذ بغير إلغاء الحكم بالوقف إلى ما قدمناه فى خصوص رد الاعتبار. وفى الجملة لا يجوز الاستناد للحكم بالإدانة الذى اعتبر كأن لم يكن لنفى حسن السيرة والسلوك عن طالب العمل كما لا يجوز الاستناد إليه كمانع من التعيين على التضميل السابق^(٢٠٠).

كما أنه بالنسبة للعامل الذى لم يكن قد أنهى عقده أثناء فترة وقف التنفيذ، فإنه يتمتع بإنهاء عقده إنهاء مشروعا - إستنادا لحكم الادانة الذى

(١٩٩) أضف إلى محو الحكم من صحيفة حالته الجنائية، زوال كل إحتمال لإلغاء وقف التنفيذ بالتالى زوال التهديد بتنفيذ العقوبة، وتزول كل العقوبات التبعية والتكميلية، ولا يصح الاستناد إليه كسابقة للعود.
أنظر فى ذلك محمود نجيب حسنى - ص ٨٣١ - د. محمد أبو عامر - ص ٥٧٥.
د. مأمون سلامة ص ٦٤٢، د. رؤوف عبيد ص ٧٠٣؛ المستشار البندارى ص ٣٠٧.

(٢٠٠) أنظر المستشار أحمد شوفى المليجى - المرجع السابق - ص ٤٨٠.

اعتبر كان لم يكن بإتقصاء فترة الوقف دون الغاء^(٢٠١). ذلك أن الانتهاء يعتبر عندئذ مفقداً لسببه وبالتالي يكون انتهاء غير مشروع^(٢٠٢)

ثالثاً: العفو الشامل

ورد نص م ٧٦ ع مصرى على النحو الآتى "العفو الشامل يمنع أو يوقف السير فى إجراءات الدعوى أو يحو حكم الادانة. ولا يمس حقوق الغير إلا إذا نص القانون الصادر بالعفو على خلاف ذلك".
- اختلف الفقه فى تكييف أثر العفو الشامل على الصفة الاجرامية للفعل الذى شمله العفو.

فالبعض^(٢٠٣) يرى أن العفو الشامل يمحو عن الفعل وصف الجريمة بأثر رجعى يعود إلى وقت ارتكاب الفعل. فى المقابل يذهب رأى آخر أولى

(٢٠١) انظر د. محمود حلمى ص ٣١٦ حيث أعتبر أن للقرار الادارى بالعزل من الخدمة بعد انتهاء المدة المقررة لتنفيذ الحكم، إستناداً للحكم الأصلى الصادر فى جنحة مخلة بالشرف إنما هو قرار استند إلى حكم اعتبره القانون كأن لم يكن، أى ساقطاً بكل آثاره الجنائية. وبالتالي يكون القرار فاقداً لسببه.
(٢٠٢) ولا يعتبر هذا اعمال لرد الاعتبار بأثر رجعى. ذلك أن الأثر الرجعى يتحقق حيث يعاد النظر فيما استقر من نتائج ولكتمل من مراكز قانونية قبل رد الاعتبار. أما حيث يكون العامل لم يؤخذ بعد عن إدانته السابقة قبل اعتبار الحكم كأن لم يكن لرد اعتباره، فإن إمتناع المواخذه إستناداً لهذا الحكم - المعتبر كأن لم يكن - هو تطبيق للأثر الفورى لرد الاعتبار.

(٢٠٣) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - ط ٥ - ١٩٨٢ ص ٨٩٩، د. رؤوف عبيد - مبادئ القسم العام فى التشريع العقابى - دار الفكر العربى ١٩٧٩ - ص ٨٧٤، د. مأمون سلامة - قانون العقوبات - القسم العام - دار الفكر العربى - ١٩٧٩ ص ٦٥٠، د. أحمد فحس سرور - الوسيط فى قانون العقوبات - القسم العام - دار النهضة العربية - ١٩٨١ ص ٦٠٥، د. محمد مختار عثمان - الجريمة التأديبية بين القانون الادارى وعلم الادارة العامة - دار الفكر العربى ١٠٧٣ ص ١٩٩، المستشار

بالترجيح^(٢٠١)، إلى أن العفو الشامل لا يلغى النص المجرم للفعل الذى شمله العفو، بل يظل نص التجريم على حاله ويظل الفعل، كما كان قبل العفو، مؤثما من الناحية الجنائية ومشكلا لجريمة فى حالة ارتكابه بعد صدور قانون العفو. إذ يقتصر العفو الشامل على التنازل عن حق المجتمع فى مؤاخذه الفاعل. وهو ما يأخذ مظهر تعطيل أحكام قانون العقوبات والاجراءات الجنائية بمناسبة الفعل الذى شمله العفو، وذلك بمحو النتائج الجنائية المترتبة عليه أو التى كانت لتترتب عليه لولا قانون العفو. فهو تنازل عن الحق فى العقاب عن الوقائع الإجرامية المحددة بقانون العفو بغير محو لوضعها الاجرامى فى ذاتها سواء بالنسبة للماضى أو المستقبل وبالتالي يعتبر العفو الشامل بمثابة تعطيل استثنائى للنتائج الجنائية لنص التجريم عن الأفعال المرتكبة فى فترة معينة مع بقائه موجودا.

يترتب على ذلك أنه لا يجوز بعد إذ صدر العفو الشامل أن يتخذ أى اجراء من اجراءات التحقيق فى مواجهة من شمله العفو بصدد الجريمة التى صدر العفو عنها، وإذا كان التحقيق قد بدأ تعين على النيابة العامة أو قاضى التحقيق أن يصدر قرارا بالأوجه لاقامة الدعوى.

= عبد الوهاب البندارى - المرجع السابق، ص ٥١٧، د. خميس اسماعيل - المرجع السابق - ص ٢٠، د. محمود حلمي - المرجع السابق - ص ٣١٩.
(٢٠٤) د. محمد زكى أبو علم - قانون العقوبات - القسم العام - دار المطبوعات الجامعية - ط ١ ١٩٨٦ ص ٦٠٥، د. محمود مصطفى.

ويمتنع رفع الدعوى العمومية عن هذا الفعل إذا لم تكن قد رفعت لانتقضائها بالعفو، فإذا رفعت رغم ذلك أمكن الدفع بعدم قبولها وهو دفع متعلق بالنظام العام.

وإذا صدر العفو بعد رفع الدعوى العمومية حكم بإنتقضائها، ولا يجوز للمحكمة أن تواصل نظرها ولو كان اتجاهها إلى إصدار حكم بالبراءة.

وإذا صدر العفو بعد الحكم البات - سواء قبل أو بعد تنفيذ العقوبة - يحى أثر الحكم محوا تاما وتنقضى جميع آثاره من عقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية وكذا سائر آثاره الجنائية، ويعتبر بمثابة رد اعتبار بحكم القانون ولا يعتبر سابقة للعود وهو ما سوف يوجه نظرنا على وجه التحديد لأثر العفو الشامل.

- إذا ما انتهينا إلى ترجيح أن العفو الشامل يقتصر على تعطيل الآثار الجنائية المترتبة على تجريم الفعل - المشمول بقانون العفو - مع بقاء وصفه في ذاته كجريمة لكن مع رد اعتبار من شمله العفو، فما هو أثر هذا العفو على اعتبار القانون - ونقصد قانون العمل - أن ارتكاب هذا الفعل نفسه يعتبر قرينة قاطعة على قيام المخالفة التأديبية في حق العامل وأنها تبرر فصله أو فسخ عقده سواء على مستوى الجزاء التأديبي - الفصل - الذى وقع فعلا قبل صدور قانون العفو سواء على مستوى سلطة رب العمل فى توقيع الجزاء التأديبي - فى حالة تأخر توقيعه - بعد صدور قانون العفو.

- ردا على هذا ذهب بعض أنصار الرأي الذى يرى أن العفو الشامل يزيل عن الفعل وصف الجريمة، إلى أن العفو الشامل يمحو جميع الآثار التأديبية المترتبة على الفعل. فلا يجوز مواخذة العامل عن هذا الفعل بالعزل أو غيره. وإذا كان الجزاء التأديبى قد وقع فعلا، تعين محوه من ملف خدمة الموظف وإذا كان قد عزل تعين اعادته لعمله.

كما لا يجوز الاستناد للجريمة الصادر عنها العفو لاعتبار طالب العمل سئ السلوك، ذلك أنه نتيجة للعفو يعتبر كأنه لم يرتكب جريمة ولم يحاكم ولم يصدر ضده حكم نهائى^(٢٠٥).

من جانبنا نرى أن أساس هذا الرأي المتمثل فى أن العفو الشامل يزيل عن الفعل وصف الجريمة - لا يقيم ولا يبرر نتائج فى أنه حيث يزول عن الفعل وصف الجريمة بالعفو تزول عنه تبعاً وصف المخالفة التأديبية، بما لا يجوز معه توقيع أى جزاء تأديبى على العامل وضرورة إزالة ومحو ما تم من هذه الجزاءات.

وجه ذلك أن هذا الرأي أغفل استقلال القانون التأديبى من حيث هدفه ونطاقه عن القانون الجنائى. ومن أنه لا تلازم بين ما هو مخالفة تأديبية

(٢٠٥) أنظر فى ذلك د. محمود حلمى - المرجع السابق - ص ٣١٩ أنظر د. الامامسى - المرجع السابق - ص ٥٥٩ حيث يؤيد الرأي الموجود بالمتن فيما لا يؤثر على الحقوق المشروعة للغير.

أنظر فى نفس المرجع عرض لتطوير أحكام مجلس الدولة الفرنسى حيث بعد أن ذهبت إلى تبنى الاتجاه المعبر عنه فى المتن ذهبت فى مرحلة ثانية إلى أن العفو لا تأثير له على الجزاء التأديبى الذى اتخذ قبل صدور العفو، لكنه لا أثر مستقبل بالنسبة للجزاءات التأديبية فلا يجوز الاستناد إلى ذات الواقعة التى شملها العفو لتوقيع جزاء تأديبى. وإذا صدر العفو أثناء المحاكمة التأديبية صارت الدعوى التأديبية غير ذى موضوع.

وجريمة جنائية. ولذا لا تلازم بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية التأديبية. بل انه يتعين الحذر في ترتيب المسؤولية التأديبية للفعل لمجرد كونه متصفا بوصف الجريمة الجنائية وضرورة الاستعانة في ذلك بمعيار مرن أو قرينة تقوم على الغالب من الأمر من أن هذا الفعل المعتبر جريمة يؤدي لوصف معين أُنصفت به إلى الإخلال بحسن سير العمل داخل المشروع.

وبالتالي ما كان يجوز لهذا الرأي أن ينتهي إلى أنه حيث يتخلف أو يسقط عن الفعل وصف الجريمة الجنائية يسقط عنها بطريقة تبعية وصف المخالفة التأديبية لما رأيناه من عدم الارتباط بينهما.

ومن ثم غاية ما كان ليقبل من هذا الرأي - حتى مع التسليم بأساسه المتمثل في أن العفو يزيل عن الفعل وصف الجريمة الجنائية - أن يسقط القرينة القانونية القاطعة على اعتبار الفعل مخالفة تأديبية بالنظر لسقوط أساسها وهو أن الفعل أعتبر لذلك لكونه داخلا ضمن النموذج الاجرامى المحدد بالنص وبالتالي فحيث تزول عنه هذه الصفة تسقط هذه القرينة القاطعة لسقوط أساسها، لكن دون أن يمنع ذلك صاحب العمل حقه في اثبات وصف الخطأ التأديبي للفعل الصادر عن العامل - ولو زال عنه وصف الجريمة بقانون العفو - وفقا للقواعد العامة في الإثبات (٢٠٦).

(٢٠٦) وهو ما يمكن أن ننتهي إليه قياسا على أحكام القضاء التي تثبت لصاحب العمل سلطته التأديبية عن الفعل المنسوب للعامل برغم الحكم بالبراءة لعدم الجريمة. أنظر الطعن ٢٧٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ٧٢/٦/٢٣ في عصمت الهوارى ج ١، ص ٢١٨ قاعدة ١٢٨، الطعن ٦١٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٧ في عصمت الهوارى ج ٣ ص ١٣٢ قاعدة ١٠١ لا يمتنع على المحكمة المدنية البت فيما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة يعتبر أمال جسيما. إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدني دون أن يوجد خطأ جنائي.

وهو في إثباته لهذا يمكن أن يجابه بمنازعة العامل لهذا الوصف
ولجسامته وكل يخضع لتقدير قاضي الموضوع (٢٠٧).

- لذا نجدنا نرى بعضا من أنصار الرأي القائل بأن العفو الشامل
يزيل عن الفعل وصف الجريمة، ينتهي إلى أن العفو الشامل يقتصر أثره
على محو صفة الجريمة الجنائية عن الفعل دون أن يمحو عنه وصف
الجريمة التأديبية إلا بنص خاص في قانون العفو. بحيث في غياب هذا
النص الخاص يظل للفعل وصف الجريمة التأديبية (٢٠٨) ويصلح أساسا - إذ
لم يكن قد سبق توقيع الجزاء - لمسألة للعامل عنه أو السير في الاجراءات
التأديبية كما أن الجزاء التأديبي السابق توقيعه قبل صدور العفو الشامل لا
يجوز رفعه (٢٠٩).

(٢٠٧) الطعن ١٩٠٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/٢/١٦ في عصمت الهوارى ج ٧ ص
١٠٦، قاعدة ٧٨، الطعن ١٢٨٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ٨٦/١/٢ في عصمت
الهوارى ج ٧ ص ١٠٧.

(٢٠٨) وكما قلنا سابقا فإنه لا تقوم قرينة تشريعية على الخطأ التأديبي وإنما يتم إثباته
وفقا للقواعد العامة باعتبار أن صوره لا تقع تحت حصر. في حالة التسليم بالرأي
القائل بأنه العفو الشامل يترتب عليه إباحة الفعل الذي شمله العفو. حيث يباشر
صاحب العمل سلطته التأديبية لاحقا على صدور قانون العفو.

(٢٠٩) المستشار عبد الوهاب البنداري - المراجع السابق - ص ٥٢٣ وما بعدها، د.
محمد مختار عثمان - المراجع السابق - ص ١٩٩.

بينما على العكس حيث يرد في قانون العفو نص على محو الآثار التأديبية
للفعل، فإنه يتمتع على الإدارة أن تعاقب تأديبيا عن الفعل الصادر في شأنه
العفو، وإذا كان الجزاء التأديبي قد اتخذ فعلا فإنه يحى وتزول كل آثاره.
أنظر أحكام مجلس الدولة الفرنسي المشار إليها في د. محمد مختار عثمان -
أرجع للقرارات بقوانين الصادرة بالعفو والمشار إليها في عبد الوهاب البنداري
ص ٥٢٠ - ٥٢٣.

وبهذا أفتى مجلس الدولة المصري حيث قرر أنه "إذا صدر قانون بالعفو الشامل عن الجرائم الجنائية التي ارتكبت في فترة معينة، وكان أحد من يشملهم هذا القانون موظفا عموما عاقبته الإدارة تأديبيا عن ذات الأفعال المكونة للجريمة الجنائية التي شملها العفو، فإن هذا الجزاء التأديبي لا يجوز رفعه. وذلك لأن قانون العفو الشامل لا يحو عن الفعل المعاقب عليه إلا صفته الجنائية، دون صفة الجريمة التأديبية التي تبقى لاحقة بالفعل في ذات الوقت (٢١٠)".

ويضيف أنصار هذا الرأي في تأسيس إجتاههم، أن العفو الشامل يقتصر على محو الآثار الجنائية للفعل وبالتالي لا يمتد للجزاءات التأديبية التي تجد أساسها في اعتبارات أخرى لا تقتصر أو تنحصر في الصفة الجنائية للفعل ومن ثم لا تزول بزوال هذه الصفة الجنائية عنه بالعفو.

ويمكن أن نضيف تأييدا لهذا الرأي في شأن عدم رفع الجزاء التأديبي السابق توقيعه على العامل قبل صدور قانون العفو أنه يتأمل القرارات بقوانين الصادرة بالعفو (٢١١) نلاحظ من ناحية أنها حرصت على النص على أنه "يجوز أن يعاد الموظف العمومي إلى الوظيفة التي كان يشغلها ... أو إلى وظيفة أخرى مماثلة أو غير مماثلة مما يؤكد أن إعادة الموظف - المفصول - ليس من نتائج العفو الشامل - التي تتم بحكم القانون، ذلك لو أنها كانت كذلك لما كان هناك احتياج إلى نص يقررها.

(٢١٠) فتوى شعبية الشؤون الداخلية والسياسية بمجلس الدولة رقم ٦٩٠٦ من ١٩٥٣/١١/١٨ مجموعة فتاوى قسم الرأي س ٨ والنصف من س ٩ مشار إليها في البنداري ص ٥٢٤.
(٢١١) أرجع عبد الوهاب البنداري ص ٥٢٠ - ٥٣٠.

بمعنى إننا أمام إعادة تعيين - وإن كان يوضع فى الدرجة التى كان عليها قبل فصله وفى أقدميته فيها - دون أن يكون للإعادة أثر رجعى (٣١٣) ودون اعتبار القرار بالفصل كأن لم يكن بل إن قرار الفصل - إستنادا لحكم الادانة - قرار صحيح متفق مع حكم القانون ومنتج لجميع آثاره دون أن يمس أى منها، ومن ثم فليس صحيحا، تكييف القرارات الصادرة بإعادة تعيين هؤلاء الموظفين بأنها سحب للقرارات الصادرة بفصلهم من الخدمة، لخروج هذا عن قصد الشارع من جهة ولتعارضه مع أوضاع السحب وثاره من جهة أخرى (٣١٤).

كما نلاحظ من ناحية أخرى أن إعادة الموظف جوازية للإدارة وليست اجبارية لها وفي ذلك قضت محكمة النقض (٣١٥) بأن "القرار بقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٧١ وقد صدر بالعفو عن باقى العقوبات المحكوم بها فى قضايا سياسة حتى ١٥/٥/١٩٧١ ويجوز إعادة بعض الموظفين العموميين المحكوم عليهم بعقوبة جناية فى القضايا السياسية إلى خدمة الدولة، فإن هذا القرار لم يجعل الإعادة إلى العمل نتيجة لازمة وحتمية لصدوره وإنما هى جوازية لجهة العمل بصريح نص م ٢ منه ... وإذا كان ذلك كذلك فلا

(٢١٢) لذلك فالأصل هو عدم حساب مدة الفصل فى الخدمة بالنسبة لمن يعاد إلى الخدمة بعد صدور قرار العفو عنهم، ما لم يرد نص على ذلك صراحة فى قانون العفو كما هو الحال فى القرار بقانون رقم ٣٦٠٢ لسنة ١٩٦٦ (م) كعتبر مدة للخدمة متصلة بالنسبة للعاملين الذين صدر عنهم عفو ويعادون إلى الخدمة بعد انتهائهم نتيجة الحكم عليهم فى قضايا سياسية. ويطبق ذلك على من سبق إعادتهم إلى الخدمة قبل صدور هذا القرار.

(٢١٣) أ.ع ٧٤٩ لسنة ١١ فى ٦٩/٦/٢٩، ص ١٤ ص ٩٠١ ب ١١٢٠. أ.ع ٩٣٨ لسنة ٩ فى ٦٨/١٢/٢٩، ص ١٤ ص ١٧٥، ب ٢٢ مشار إلى ذلك فى البندارى ص ٥٣٠ - ٥٣١.

(٢١٤) نقض طعن ٤٧/٥٩٤ ق جلسة ٨٢/٤/٢٥.

محل للقول بأن صدور هذا القرار يعنى حتماً وإلزاماً استمرار علاقة العمل قائمة أو إعتبار واقعة الفصل كأن لم تكن^{٢١٥}.

من جانبنا. فلن نكيفنا للعفو الشامل على أنه تعطيل استثنائي للنتائج الجنائية للجريمة الذى صدر العفو عن أدين فيها - بغير إباحة لها - وأنه بمثابة رد إعتبار قانونى له. يؤدى بنا إلى تطبيق آثار رد الإعتبار على من شمله العفو الشامل سواء فيما يتعلق بطالب العمل سواء فيما يتعلق بالعامل المرتبط بعقد عمل سواء بالنسبة للفصل الذى وقع عليه فعلاً قبل صدور قانون العفو وفى هذه الحالة يظل الفصل قائماً ومشروعاً ولا يجبر صاحب العمل على إعادته لأن رد الاعتبار ليس له أثر رجعى.

سواء بالنسبة للسلطة التأديبية لرب العمل إذا ما تأخر فى مباشرتها إلى ما بعد صدور قانون العفو وفى هذه الحالة نرى أنه يتمتع عليه الاستناد لحكم الادانة الذى صدر بمناسبته العفو الشامل لأنه يصبح من هذا التاريخ كأن لم يكن ويمحى وبالتالي لا يصلح سبباً للفصل^(٢١٥).

(٢١٥) أرجع ما سبق فى رد الاعتبار.

الفصل الثانى

أوصاف الجريمة المخلة بالنفقة

نعرض لأوصاف الجريمة المشار إليها فى قانون العمل كأساس لنسبة الخطأ التأديبى الجسيم للعامل من خلال:

بحث أول : أهمية توصيف الجريمة المخلة بالنفقة.

بحث ثانى : توصيف الجريمة المخلة بالنفقة.

مبحث أول

أهمية توصيف الجريمة المخلة بالنفقة

أهمية توصيف الجريمة المخلة بالنفقة تظهر فى شأن الدعامة الثانية للفصل المشروع. إذ معلوم أن الفصل المشروع لابد أن يستند على دعامتين: الأولى: أن يكون مبرر الفصل حقيقياً^(٢١٦). ثانياً: أن يكون مبرر الفصل جدياً.

ومعلوم أنه يقصد بجدية المبرر الذى يستند لفعل منسوب للعامل، أن يثبت لهذا الفعل وصف الخطأ التأديبى من ناحية وأن يكون على درجة من الجسامة تناسب الفصل من ناحية أخرى:

(٢١٦) وقد رأينا فيما سبق أهمية توصيف الحكم الصادر بالإدانة على هذه الدعامة.

- ومعلوم أن الأصل العام في هذا المقام هو السلطة التقديرية للقاضي في تكليف الخطأ التأديبي وتحديد درجته في ضوء الوضع الوظيفي للعامل وهدف المشروع وظروف ارتكاب المخالفة وجسامتها^(٢١٧).

حيث قضى في تأكيد ذلك أن تقدير مبرر الفصل مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائق^(٢١٨).

وقضى بأن تكليف الفصل المؤسس عليه طلب التعويض بآله خطأ أو نفي الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض، إلا أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائفاً^(٢١٩). وقضى بأن تقدير المبرر لفصل العامل، مما يستقل به قاضي الموضوع. ولمحكمة الموضوع في حدود سلطاتها التقديرية أن تنتهي في قضائها إلى عدم تناسب جزاء الفصل الموقع على العامل مع ما بذر منه من افعال مما يجعل فصله مشوباً بالتعسف^(٢٢٠).

(٢١٧) طعن ٥٢/١٢٠٥ ق جلسة ٨٢/١١/٢٨ في الهوارى ج ٦ ص ٥٧ العبرة في سلامة قرار الفصل، وفيما إذا كان صاحب العمل قد تعسف في فصل العامل أو لم يتعسف، هي بالظروف والملابسات التي كانت محيطة به وقت الفسخ لا بعده.
(٢١٨) طعن ١٩٠٦ - ٥٢ ق جلسة ٨٧/٢/١٦ في عصمت الهوارى ج ٧ ص ١٠٦.
(٢١٩) طعن ١٠٩٩ / ٥٠ ق - جلسة ٨٦/٤/٢٧ في عصمت الهوارى - ج ٧ ص ١٣٧ قاعدة ٩٧.

(٢٢٠) طعن ٤٠/٥٥٤ ق - جلسة ٧٦/٥/٢ في الهوارى ج ٢ - ص ٩٨ قاعدة ٧٨ - ٧٩ - ٨٠ - الطعن ٤٣٥ - لسنة ٤٢ ق جلسة ٧٨/٤/٢٢ في عصمت الهوارى ج ٣ ص ١٢٢ قاعدة ٩٤ - الطعن ١٢٨٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ٨٦/١١/٣ في الهوارى ج ٧ ص ١٠٧ قاعدة ٧٩ .

ويتم تكليف الخطأ التأديبي استقلاالا عن الوصف الجنائي الثابت له في قانون العقوبات، وذلك لعدم التلازم بين المسؤولية التأديبية والمسؤولية الجنائية والعكس بالعكس.

إذ أن مناط المسؤولية التأديبية هو ما يترتب على الفعل من إخلال بحسن سير العمل وسمعة المشروع وما يصطدم مع متطلبات الوظيفة بالنظر لدرجتها وهدف المشروع، استقلاالا عن وصفه الجنائي. لذلك فحيث يتحقق هذا المنأط يثبت للفعل وصف الخطأ التأديبي ولو أُنْتُقِيَ عنه وصف الجريمة وهو مالا يقع تحت حصر. ولقد قُضِيَ في هذا الخصوص بأنه لا يمتنع على المحكمة المدنية البحث فيما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة يعتبر اهمالا جسيما، إذ يجوز أن يكون خطأ مدني دون أن يوجد خطأ جنائي^(٢٢١).

والعكس بالعكس فقد يثبت للفعل وصف الجريمة - في غير ما ورد وصفه في م ٧/٦١ عمل - م ٦٧ عمل - ويقدر القاضي انتقاء مبرر المسؤولية التأديبية عنه لعدم تعارض ارتكابها مع متطلبات الوظيفة ولعدم إخلالها بحسن سير العمل. ويمكن أن تضرب على ذلك أمثلة كثيرة خاصة في شأن الجنح المرتكبة خارج دائرة العمل كما هو حال الجنحة المرتكبة بالمخالفة لقانون تنظيم المباني وجنحة أشغال الطريق، أو حيازة سلاح بغير ترخيص أو أغلب المخالفات شأن المخالفات المروية.

(٢٢١) الطعن ٢٧/٢٧٧ ق جلسة ٧٣/٦/٢٢ في عصمت الهواري جـ ١ ص ٢١٨ قاعدة ١٢٨. أنظر في تأكيد ذلك كله أمثلة الخطأ التأديبي من غير الجريمة المنصوص عليها في م ٢/٦١-٤-٨-٩ عمل، م ١/٥٨ عمل.

- وإذا كانت م ٦١ عمل فى تمثيلها على الخطأ التأديبى تؤكد هذه القاعدة على اعتبار أن صياغها تؤكد أن الخطأ التأديبى لا يقع تحت حصر وأن معياره مرن يخضع للسلطة التقديرية للحكمة.

إلا أن ما ورد فيها تمثيلا على الخطأ التأديبى ومن ضمنها الجريمة الموصوفة - موضوع بحثنا - يترتب عليه نتيجتان - أحدهما إيجابية والأخرى سلبية.

فأما النتيجة الايجابية: فتتمثل فى أنه فى حالة تحقق الجريمة الموصوفة تشريعيا تقوم قرينة تشريعية قاطعة على الخطأ التأديبى وعلى درجته المبررة للفصل المشروع، بما يسلب القضاء سلطته التقديرية التى اشترنا اليها فى تكيف الفعل وتحديد درجته.

ثم إنها قرينة تشريعية قاطعة يكفى صاحب العمل للاحتجاج بها أن يثبت أن الجريمة المنسوبة للعامل - الوصف التشريعى المحدد بالنص - دون أن يكلف باستظهار وجه الخطأ التأديبى فى ذلك أو درجته وفى نفس الوقت لا يقبل من العامل الذى ثبت ارتكابه لهذه الجريمة الموصوفة أن ينفى عن فعله وصف الخطأ التأديبى أو أن يثبت أن درجته لا تصل لمستوى المبرر الجبرى المستلزم للفصل المشروع.

فكأن أهمية توصيف الجريمة على النحو الذى جاءت به تشريعيا، تظهر فى أنه بثبوت هذا الوصف لها تقوم قرينة تشريعية قاطعة على

مشروعية المبرر اللازم للفصل المشروع وبهذا تكون مشروعية المبرر -
 في حالة الجريمة الموصوفة - مستندة للنص التشريعي نفسه بما لا مجال
 معه للسلطة التقديرية للقاضي:

- أما النتيجة السلبية: فهي ذات وجهان:

الوجه الأول لها: أن تخلف الضابط - الوصف - التشريعي في
 الجريمة المنسوبة للعامل ينفي عنها القرينة التشريعية بثبوت الخطأ التأديبي.
 وهذا هو مقتضى التفسير بمفهوم المخالفة، على اعتبار أن النص التشريعي
 قد ربط ثبوت الحكم - القرينة التشريعية بثبوت الخطأ ودرجته - بتحقيق
 وصف معين في الجريمة، وبالتالي يثبت الحكم العكسي - تخلف قرينة
 الخطأ - حيث يتخلف الوصف التشريعي.

الوجه الثاني لها: أن تخلف القرينة التشريعية بثبوت الخطأ - لانتفاء
 الوصف عن الجريمة، لا يقطع على العكس بانتفاء الخطأ التأديبي عن
 الجريمة. وذلك لما قدمناه من أن منور الخطأ التأديبي غير واقعة تحت
 حصر، وبالتالي فإنه حيث يرتكب العامل جريمة تخلف فيها الوصف
 التشريعي - شأن المخالفات سواء داخل أو خارج دائرة العمل أو اللجنح
 الواقعة خارج دائرة العمل حيث لا تكون مخلة بالشرف أو الآداب العامة -
 فإن إثبات الخطأ التأديبي لها ودرجته يتم وفقاً للأصل العام من قواعد
 الإثبات تحت تقدير القضاء على ما قدمنا.

بحيث يتصور أن يثبت القضاء للمخالفة وصف الخطأ التأديبي رغم
 عدم ورودها ضمن م ٦١ - م ٦٧ عمل سواء كانت واقعة داخل دائرة

العمل^(٢٢٢) أو خارج دائرة العمل^(٢٢٣) والأمر نفسه في الجرح الواقعة خارج دائرة العمل وإن لم تكن مخلة بالشرف أو الآداب العامة^(٢٢٤) حيث يقرر القاضى أن ارتكابها يتعارض مع مقتضيات الوظيفة ويخل بحسن سير العمل داخل المشروع وسمعته.

إزاء ذلك نعرض لتوصيف الجريمة المخلة بالثقة وفى أذهاننا أهمية التوضييف التشريعى ونتيجة ثبوته ونتائج تخلفه.

(٢٢٢) أنظر م ٣٧٧ ع/ ٧ ع مصرى من كان موكلاً بالتحفظ على مجنون فى حالة هياج فأطلقه أو كان موكلاً بحيوان من الحيوانات الموثقة أو المفترسة فأطلقه. حيث تصدر هذه المخالفة من عامل هذه مهنته سواء فى مستشفى خاص أو مزرعة أو حديقة حيوان خاصة.

(٢٢٣) شأن ما ورد فى م ٦/٣٧٧ ع مصرى من أطلق فى داخل المدن أو القرى سلاحاً نارياً أو ألهب فيها أعيرة نارية أو مواد أخرى مفرقة بالنسبة لعامل حراسة تقتضى طبيعة وظيفته حمل سلاح لحفظ الأمن داخل المشروع.

(٢٢٤) أنظر أحكام القضاء الفرنسى المشار إليه فى خصوص الجرح المرتكبة خارج دائرة العمل وتحرى أثرها على حسن سير العمل استقلالاً عن كونها مخلة بالشرف بل برغم كونها مخلة بالشرف.

مبحث ثانى توصيف الجريمة المخلة بالثقة

على خلاف التشريع الفرنسى الذى خلى من نص يوصف حالات اعتبار الجريمة خطأ تأديبى يصح الاستناد إليه للتدخل من عقد العمل، حيث تحمل القضاء والفقه عبء تحديد ملامحها المكونة للخطأ التأديبى من خلال الرقابة القضائية اللاحقة على الانتهاء أو الفسخ حيث تبنى معياراً مرناً فى تحديد الخطأ التأديبى وارتباط ثبوت وصفه للفعل المنسوب للعامل بالأثار السلبية الفعلية لفعله على حسن سير العمل بالمشروع وعلى العلاقة بين العامل ورؤسائه وزملائه وعملاء المشروع مع الأخذ فى الاعتبار طبيعة النشاط الذى يقوم عليه المشروع وطبيعة المسؤوليات الملقاة على عاتق العامل، بغير تلازم بين تحقق المسؤولية الجنائية عن الفعل وبين ثبوت المسؤوليات التأديبية نتيجة له.

فإن قانون العمل المصرى، وكذا العديد من التشريعات العربية - تصدى لتوصيف الجريمة التى يصح اعتبارها خطأ تأديبياً مبرراً للإتهام المشروع.

لذا فإنه فى مقام توصيف الجريمة المخلة بالثقة والمعتبرة خطأ تأديبياً يصح الاستناد إليه للتدخل من عقد العمل بغير مسؤولية على صاحب العمل، نعكف على تحليل النصوص التشريعية الواردة فى قانون العمل المصرى مستهدين فى ذلك بما ورد فى التشريعات المقارنة وما جاء فى قانون

العاملين بقطاع الأعمال العام وقانون العاملين المدنيين بالدولة ومستترشدين بالاتجاهات القضائية والفقهية في القانونين المصري والفرنسي.

الأمر الذي نعرض معه لتوصيف الجريمة المخلفة بالثقة من خلال مطلب وحيد ندرس فيه تجنباً للتكرار وتحقيقاً لوحدة الموضوع المعيار التشريعي والمقترح للجريمة الموصوفة.

مطلب وحيد

الجريمة الموصوفة في المعيار التشريعي والمقترح

ورد نص م ٦١ من قانون العمل المصري رقم ١٣٧/٨١^(٣٣٥) على النحو التالي: "لا يجوز فصل العامل إلا إذا ارتكب خطأ جسيماً ويعتبر من قبيل الخطأ الجسيم الحالات الآتية: - / ٧ "إذا حكم على العامل نهائياً في جنابة أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة".

(٢٢٥) انظر ما يقابله في قانون العمل الموحد رقم ١٩٥٩/٩١: م ٧٦ "لا يجوز لصاحب العمل فسخ العقد دون سبق إعلان العامل ودون مكافأة أو تعويض إلا في الحالات الآتية: - ٨/ مطابقة للمادة ٧/٦١ من قانون العمل الحالي.

وورد نص من ٦٧ من ذات القانون (٢٢٦) على أنه:

"إذا نسب إلى العامل ارتكاب جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أو أى جنحة داخل دائرة العمل".

فى ضوء هذه النصوص يصح الاستناد للجريمة الثابت ارتكابها من جانب العامل كمبرر للإتهام أو الفسخ، إذا اتصفت بأحد الأوصاف الثلاثة الآتية: الجنائية أو الجنحة الماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أو الجنحة المرتكبة داخل دائرة العمل، فبالى كل وصف من هذه الأوصاف نعرض بالبيان والتحليل:

أولاً : الجنائية:

يتفق مع م ٧/٦١ من قانون العمل الحالي، قانون العمل اليمني - م ٥٠ - وقانون العمل الليبي - م ٨/٥١ فى تطلب وصف الجنائية لاستخلاص

(٢٢٦) أنظر م ٦٧ من قانون العمل الموحد "إذا نسب إلى العامل ارتكاب جنائية أو جنحة لضراب غير مشروع أو للتخريض عليه أو ارتكاب أية جنحة داخل دائرة العمل".

- م ٩٤ من قانون العاملين المدنيين بالدولة تنتهى خدمة العامل لأحد الأسباب الآتية: ٧/ "الحكم عليه بعقوبة جنائية فى إحدى الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو ما يمثّلها من جرائم منصوص عليها فى القوانين الخاصة أو بعقوبة مقيدة للحرية فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن الحكم مع وقف التنفيذ.

- م ٧/٩٦ من قانون العاملين بالقطاع العام ٧٨/٤٨ مطابقة للمادة ٩٤ من قانون العاملين المدنيين بالدولة.

- م ٤/٤٥ من القانون ٩١/٢٠٣ لشركات قطاع الأعمال العام "صدور حكم بك بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية فى جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن الحكم مع وقف التنفيذ الشامل".

الخطأ التأديبي في جانب العامل (٣٣٧).

(٢٢٧) أنظر: أيضا القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥١ في شأن نظام موظفي الدولة: م ٣/٦
تنتهي خدمة الموظف المعين على وظيفة دائمة بسبب الحكم عليه في جنابة
..... م ١٣ تنتهي خدمة المستخدم خارج الهيئة بسبب صدور حكم في جنابة أو
في جريمة مخلة بالشرف كسبب منهي للعلاقة الوظيفية أنظر د. محمد حلمي نظام
المدنيين بالجهاز الإداري والقطاع العام - ط ٢ - ١٩٧٤ ص ٣٠٦ دالر الفكر
العربي د. محمد الدملصي - تولية الوظائف العامة - ص ٥٩٢.

وذلك بغض النظر عن العقوبة المقررة بها ولو لم تكن عقوبة الجنابة لظرف
مخفف، على أساس أن الاعتبارات الشخصية التي دعت إلى تخفيف العقوبة لا
تغير من خطورة الفعل من الناحية الموضوعية ودلالته على الخطأ التأديبي وأثره
على حسن سير العمل وعلى خطورة فاعله واهتراز الثقة فيه. في المقابل فإن
نظام المعاملين المدنيين الصادر بالقانون ٦٤/٤٦ ومثله القانون ٧١/٥٨ وكذلك
نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بالقرار الجمهوري رقم ١٩٦٦/٢٣٠٩ وكذلك
القانون ١٩٧١/٦١ والقانون ٧٨/٤٧ وسابره في ذلك قانون العاملين بالقطاع العام
٧٨/٤٨ وقانون شركات قطاع الأعمال العام ٩١/٢٠٢ تطلب كسبب لإنهاء
الخدمة الحكم على العامل "بعقوبة جنابة"، بحيث إذا حكم على العامل في
جريمة مقدر لها أصلا عقوبة الجنابة بعقوبة الجنحة لظرف مخفف فإنه لا
يصح الاستناد إليها لإنهاء العامل انتهى مشروعاً ما لم تكن جريمة مخلة
بالشرف والأمانة. بما يجعل هذا النص أضيق نطاقاً في رأينا عن نص قانون
العمل الذي كانت لتدخل هذه الحالة ضمنه باعتبار أنه يظل لها وصف الجنابة
رغم عقوبة الجنحة المقررة بها (أنظر رأي مخالف محكمة النقض على ما سوف
نشير لاحقاً). أنظر د. زكي النجار - أسباب انتهاء الخدمة للعاملين بالحكومة
والقطاع العام - دالر الفكر العربي سنة ١٩٨٧ ص ٢٥.

وقد يكون مبرر هذا الاختلاف عن قانون العمل أن الحكم بعقوبة الجنحة
تقليداً من المحكمة لاستحقاق المتهم للظروف المخففة ينبئ عن تضلوع خطورته
الاجرامية برغم جسامته للفعل من الناحية الموضوعية بحيث قدر الشارع أن
يفسح في نطاق الجزاءات الإدارية المجال للظروف الشخصية التي استجاب لها
قانون العقوبات في تقدير العقوبة، ما لم يستدل على الخطأ التأديبي الجسيم في
حق العامل لأسباب أخرى كما لو كانت جريمة مخلة بالشرف. أنظر أحكام نقض
في شأن الظروف المخففة.

نقض ١٩٣٤/١/٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ١٨١ ص ٢٣٥.

نقض ٤٢/١١/٢٣ ج ٦ رقم ٢٢ ص ٢٢.

نقض ١٩٥٦/١٠/١ ص ٧ رقم ٢٥٩ ص ٩٥٠.

نقض ٦٩/٥/١٩ ص ٢٠ رقم ١٥٢ ص ٧٤٨.

نقض ٦٩/١٠/٢٧ ص ٢٠ رقم ٢٣٤ ص ١١٨١.

نقض ٦١/١١/٢٨ ص ١٢ رقم ١٩٤ ص ٩٤٢.

- ولقد اتخذ قانون العقوبات من نوع ومقدار العقوبة دليلاً على وصف الجنائية، فجاء نص م ١٠ عقوبات على أنه "الجنائيات هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية:

- الاعدام

- الأشغال الشاقة المؤبدة

- الأشغال الشاقة المؤقتة

- السجن".

بناء عليه يتضح أن الجنائية هي جريمة أختصها القانون بنوع معين من العقوبات يختلف عن الجرح (٢٢٨) والمخالفات.

والعبرة في تطبيق هذا المعيار بالعقوبة التي يقررها النص للجريمة لا بالعقوبة التي ينطق بها القاضي (٢٢٩).

والمرجع في تطبيق هذا المعيار هو العقوبة الأصلية بغیر عبرة بالعقوبات التبعية أو التكميلية. ثم إنه ليست العبرة بالوصف الذي ترفع به الدعوى وإنما العبرة بالوصف الذي تقرره المحكمة (٢٣٠).

(٢٢٨) م ١١ عقوبات "الجرح هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية: الحبس - الغرامة التي يزيد أقصى مقدارها على مئة جنيه".

(٢٢٩) نقض ٦٩/٤/٢١ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ رقم ١١٢ ص ٥٣٩، نقض ١٩٧١/١/٤ م ٢٢ رقم ٦ ص ٢٣ توزيع الاختصاص بين محاكم الجنائيات ومحاكم الجرح يجرى على أساس نوع العقوبة التي تهدد الجاني ابتداء من التهمة المسندة إليه بحسب ما إذا كانت جنائية أو جنحة أو مخالفة بصرف النظر عن نوع العقوبة التي قد توقع بالفعل بالنسبة إلى الجريمة التي تثبت في حقه.

(٢٣٠) نقض ١٩٥٥/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ٣٠١ ص ١٠٢٥؛ فإذا حركت النيابة العامة الدعوى معتبرة الجريمة مستوجبة لعقوبة الجنائية ولكن المحكمة لم تقرها إلى ما ذهبت إليه، فاعتبرت الجريمة مستوجبة طبقاً للقانون لعقوبة الجنحة فالعبرة بما رآته المحكمة.

وإذا حدد القانون للجريمة عقوبتين أو أكثر فالعبرة فى تحديد وصفها بأشدّها. كما أن العبرة فى تحديد طبيعة الجريمة بالحد الأقصى المقرر للعقاب دونما نظر للحد الأدنى نوعا ومقدارا.

ويثور التساؤل عما إذا كان يؤثر على وصف الجريمة العقوبة، التى ينطق بها القاضى بالتشديد أو التخفيف عن العقوبة الأصلية المقررة بالنص؟ بين الآراء المختلفة فى هذا المقام، نميل إلى تأييد الرأى الذى يعتد فى وصف الجريمة بالعقوبة المقررة بالنص ولو لم يقضى بها فعلا^(٢٢١).

ففى حالة تخفيف العقوبة نميز بين العذر القانونى المخفف الذى يوجب على القاضى تخفيف العقاب فتكون بصدد جنحة. لأن هذه العقوبة هى الوحيدة التى يقررها القانون للجريمة ويسمح للقاضى أن يحكم بها (م ٢٢٧ عقوبات - صغر السن).

وبين التخفيف الجوازى بناء على ظروف مخففة، فإن الجريمة تظل على وصفها كجناية. على اعتبار أن الجريمة فى هذه الحالة لها عقوبتين: عقوبة الجنائية الواردة بالنص وعقوبة الجنحة التى أجاز للقاضى الحكم بها استنادا للطرف المخفف (م ١٧ عقوبات - ٢٥١ عقوبات). والقاعدة هى أن العبرة فى وصف الجريمة بأشدّ العقوبتين^(٢٢٢).

(٢٢١) انظر د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط ٥ - ١٩٨٢ - دار النهضة العربية - د. أحمد فتحى سرور - الوسيط فى قانون العقوبات - القسم العام - ١٩٨١ - دار النهضة العربية.
(٢٢٢) انظر د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٥٨ وانظر فى ذات المرجع عرض الآراء الأخرى. الرأى الذى يسير عليه القضاء فى مصر وفرنسا =

وفى حالة تشديد العقوبة، فإنه إذا كان التشديد وجوبيا بناء على الظرف الذى اعتبره القانون للتشديد فإن الجريمة تعتبر جنائية على اعتبار أن هذه العقوبة هى الوحيدة المقررة بالقانون للجريمة (م ٣١٤ - م ٢٦٨م) وإلى هذا ذهب اجماع الفقه والقضاء.

أما إذا كان التشديد جوازيا، فإن الجريمة يتحدد وصفها على أساس من نوع العقوبة المحتمل الحكم بها ولو لم يحكم بها فعلا، ولما كانت العبرة فى تحديد وصف الجريمة بالعقوبة الأشد يكون من المحتم وصفها بوصف الجنائية (م ٥١ ع) (٢٣٢).

مع إطلاق صياغة م ٦١، م ٦٧ عمل فإنه يكفى فى إستنتاج القرينة القاطعة على الخطأ التأديبى المبرر للإنتهاء أن تكون الجريمة جنائية مما ورد النص عليه فى قانون العقوبات أو ما يماثلها من جرائم منصوص عليها

= هو أن الجريمة تظل جنائية سواء كان التخفيف لتوافر عذر قانونى أم لتوافر ظرف مخفف. والأساس فى ذلك أن العبرة فى وصف الجريمة هو بخطورتها الموضوعية دون أن يغير من ذلك الاعتبارات الشخصية التى تعبر عنها الأعذار أو الظروف المخففة.

نقض ٢٢/٢/٧٠ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ ص ١٥٠ رقم ١٠٠ - ٢٧/٢/٧ ج ٤ رقم ١٧٢ ص ١٥٦. نقض ٤٣/١٢/١٢ ج ٦ رقم ٢٧٢ ص ٣٥٠ مشار إليها فى د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق، ص ٥٧، ٥٨. (٢٣٣) أنظر د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق ص ٦٠، د. أحمد فتحى سرور - المرجع السابق - ص ٢٧٦ - ٢٧٨.

على العكس فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن العبرة فى وصف الجريمة بالعقوبة التى يحكم بها القاضى "عمل القاضى نفسه هو الذى يكيف وصف الجريمة فيجعلها جنائية أو يبقاها جنحة على حالها". نقض ٢٩/٢/٢١ مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ١٦٧ ص ١١٦٨ نقض ٣٢/٢/١ ج ٢ رقم ٣١٧ ص ٤٤٧ "الجريمة قلقة النوع إذ هى تكون جنحة أو جنائية تبعاً لنوع العقوبة التى تقضى بها المحكمة نفسها"

فى القوانين الخاصة. ويخرج عنها الإدانة فى الجرائم الاتضباطية التى لا يعرفها سوى القانون العسكرى ولا يوجد ما يمثلها فى قانون العقوبات^(٢٣٤).
أما عن صلة الجريمة من الناحية الزمنية بعقد العمل، فالحكم فيها مشترك بين الجنائية والجنحة.

- فعالية الفقه ترى أن العبرة هى بصور حكم الإدانة أثناء سريان عقد العمل ولو عن جريمة وقعت قبل التحاقه بالخدمة^(٢٣٥). من جانبنا نرى أن فى الأمر تفصيل ونظر.

فإذا كان مما لا شك فيه أنه يصح الاستناد كمبرر للإنتهاء أو الفسخ للخطأ التأديبى - الجريمة الموصوفة فى حالتنا - الواقعة أثناء سريان عقد العمل سواء انتظر صاحب العمل إلى حين صدور الحكم بالإدانة حيث يقدر أن مصلحة العمل لا تضار من هذا الإنتظار سواء بغير إنتظار له لأن سلطة رب العمل التأديبية لا يكمن مناطها فى حكم بالإدانة، الذى

(٢٣٤) وهو ما صرح به قانون العاملين المدنيين بالدولة وقانون العاملين بالقطاع العام - م ١٦ - أنظر الأستاذ أحمد شوقى المايجى - المرجع السابق - ص ٤٧٧.
ولقد انتهت الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بجلسة ١٣/٢/١٩٧٤ إلى أن الحكم على أحد العاملين بعقوبة مقيدة للحرية فى جريمة التخلف عن أداء الخدمة العسكرية لا يترتب عليه إنهاء خدمته المدنية. أساس ذلك أن هذه الجريمة لا تعدو أن تكون جريمة إضباطية وليست من جرائم القانون العام. وهى فى حقيقتها عقوبة تهديدية قصد بها الشارح حت الشباب على التقدم لإدارة التجنيد فى المواعيد المقررة لفحصهم طبياً تمهيداً لتحديد موقعهم من التجنيد.

(٢٣٥) د. محمد إيبس شنب - المرجع السابق - ط ٣ - ص ٢٥٦، د. فتحى المرسفاوى - المرجع السابق - ص ٤٣٠.

تتخصر قيمته في كونه دليلا قاطعا على حقيقة المبرر، وإنما مناطها وقوع الخطأ التأديبي (٢٣٦).

— فإنه من الجدير بالإيضاح أن مشروعية الفصل تقدر على ضوء ما استند إليه من مبررات وقت إتخاذه. وبالتالي لا يصح بعد إذ أتخذ قرار الفصل استنادا لسبب محدد (٢٣٧)، أن يستند صاحب العمل لاحقا لجريمة لم يكن يعلم بها ولم تتكشف له إلا بعد اتخاذ قراره بالفصل سواء وقعت هذه الجريمة قبل أو أثناء سريان عقد العمل (٢٣٨) ولو كان وقوعها قد تم قبل الفصل على غير علم من صاحب العمل. والأمر نفسه حيث تكون الجريمة قد صدرت عن العامل أثناء مهلة إخطاره بالفصل؛ أي بعد إتخاذه لقرار الفصل (٢٣٩).

(٢٣٦) وعندئذ يتم إثبات حقيقة المبرر وفقا للقواعد العامة في الإثبات في تطبيقها في إطار قانون العمل.

(٢٣٧) ومما يكشف عن ذلك إعلانه للعامل في خطاب الفصل والمتضمن مهلة الاخطار أو إعلانه عن السبب أمام اللجنة الثلاثية.

(٢٣٨) Soc. 7 mars 1990 J.C.P. 90 ed. E., II, 15884 P. 612, no 7, obs. A. chevillard. "Mais le faute révélecé après la notification de la rupture et commise antérieurement ne peut entrainer la perte du droit à l'indemnité de licenciement, lequel nait à la date de ce licenciement".

(٢٣٩) Soc. 8 nov. 1990 Dr. du travail 1991 no 1 P. 16 "De même, une faute grave commise pendant le preavis ne prive pas le salarié de son droit à l'indemnité de licenciement, laquelle prend naissance à la date de notification du licenciement".

— أنظر مع ذلك اتجاه في القضاء الفرنسي يعتد في إضفاء الشرعية على الفصل بالخطأ الجسيم الواقع قبل مهلة الإخطار ولو لم يعلم به صاحب العمل إلا لاحقا لإتخاذه للقرار بالفصل.

Soc. 16 Juin 1961 J.C.P. 62 ed. G II 12422 "la faute grave justifie la rupture immédiate du contrat de travail, même lorsque, commise antérieurement au conge, elle n'a été qu'ultérieurement connue de l'employeur".

وينحصر التساؤل فيما إذا كان يصح لرب العمل الاستناد على جريمة ارتكبتها العامل قبل إبرام عقد العمل؟ وهل يتوقف هذا على صدور الحكم بالادانة أثناء إبرام عقد العمل على ما ذهب إليه غالبية الفقه؟

- نؤكد على أن حكم الادانة ليس هو أساس مشروعية للفصل. لأن مشروعية المبرر تكمن في اسناد وصف الخطأ التأنيبي لفعل العامل وهو ما تكفل به نص م ٦١ عمل في حالة الجرائم الموصوفة بقرينة قاطعة تفترض الخطأ في هذه الحالات، على ما بينا في أهمية توصيف الجريمة المثقلة بالثقة. وانما كل قيمة الحكم بالادانة هي في تأكيد حقيقة المبرر - وقوع الفعل ونسبته للعامل. استنادا لحجية الشئ المحكوم به المقررة للحكم الجنائي، بحيث كل ما يترتب على فصل العامل قبل صدوره هو تحمل صاحب العمل بعبء اثبات حقيقة المبرر.

- وبالتالي ينحصر السؤال فيما إذا كان يصح الاستناد للجريمة الواقعة قبل إبرام عقد العمل كمبرر لانتهاء أو الفسخ؟

- إذا كان صاحب العمل يعلم بهذه الجريمة^(٢٤٠) قيل الحاقه بالعمل فان ذلك يعتبر منه رضاء ضمنيا بصلاحيته للعمل بحيث لا يكون له أن يستند اليها بعد ذلك سواء للتحلل منه بالفسخ أو الفصل، سواء بالابطال^(٢٤١).

(٢٤٠) سواء علم بالجريمة نفسها قبل صدور الحكم بالادانة أو بعد صدور الحكم بالادانة.
(٢٤١) أنظر ما ورد في القرار ٨٣/٢٣ بشأن اللائحة النموذجية لتنظيم العمل في م ١/١: حق صاحب العمل في طلب شهادة الحالة الجنائية من طالب العمل وكذلك حقه في طلب أية مستندات لويقات تفيد في الحكم على صلاحيته وكفائته [وهذه قواعد مكملة مقررة لمصلحة صاحب العمل] في المقابل فإن قانون العاملين المدنيين بالدولة (م ٢٠/٢٠) وقانون العاملين بالقطاع العام (٣/١٦) تطلب كشرط للتعيين ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية... ويعتبر هذا الشرط من قبيل

أما إذا لم يكن صاحب العمل يعلم بإدانة العامل قبل إبرام عقد العمل نتيجة اخفائها من جانب العامل كما هو الشأن في تقديمه شهادة مزورة لحالته الجنائية أو لتأكيدده على أنه لم تمسح إدانته في أية جريمة من الجرائم الموصوفة^(٢٤١). فمن المؤكد أن لصاحب العمل التحلل من هذا العقد استنادا لقواعد الإبطال للتكليس لإخفاء العامل - بمناسبة إبرام العقد - واقعة جوهرية دفعت صاحب العمل لإبرام العقد^(٢٤٢).

لكن هل لصاحب العمل التحلل من هذا العقد في هذه الحالة إستنادا لقواعد الإنهاء بالإرادة المنفردة؟
غالبية الفقه تميز بين الفرض الذي يصدر فيه حكم الادانة قبل إبرام عقد العمل وبين حالة صدوره أثناء سريان عقد العمل.

= القواعد الأمرة وبالتالي فإن علم وموافقة جهة العمل - الإدارة - على تعيينه برغم سبق إدانته في جريمة من الجرائم الموصوفة لا يمنع من إعتبار قرار تعيينه باطلا لا تلحقه الإجازة ومما يجوز سحبه.
أنظر نقض ٢٩٥ لسنة ٤٩ جلسة ٨٤/٤/٨ مشار إليه في د. خميس السيد اسماعيل - موسوعة المحاكمات التأنيبية أمام مجلس الدولة - ص ٧٦ وما بعدها.
(٢٤٢) خاصة إذا كانت مما لا يظهر في شهادة الحالة الجنائية لكونها السابقة الأولى. أرجع ما سبق وأن أشرنا إليه بخصوص أثر السابقة الأولى على دلالة الحكم النهائي بالإدانة.
(٢٤٣) في نفس الاتجاه د. محمد لييب شنب - قانون العمل اللبناني - ١٩٦٩ - ص ٢١٣، د. على عوض حسن - الوجيز في شرح قانون العمل - ١٩٨٢ ص ٣٤٤.

فبينما لا يجيزون لصاحب العمل التحلل من العقد وفقا لقواعد الانتهاء في الحالة الأولى يجيزونه في الحالة الثانية تأسيسا على أنه بصدر الحكم النهائي بالإدانة تقوم القرينة القاطعة على الخطأ التأديبي^(٢٤٤).

من جانبنا نرى أنه لا مبرر للتمييز بين الفرضين على اعتبار أنه في الحالتين وقعت الجريمة - التي هي مناط مباشرة صاحب العمل لحقه في الانتهاء أو الفسخ - قبل إبرام عقد العمل، أما الحكم بالإدانة فإنه لا يعدو أن يكون إثباتا جازما لوقوع الفعل ونسبته للعامل. لذلك فإننا لا نرى مبررا لإختلاف الحكم مع إختلاف توقيت صدوره^(٢٤٥). وبالتالي كان الأحرى بالفقه أن يوحد الحكم في الحالتين سواء بتقرير الحق في الانتهاء أو الفسخ أو بعدم تقريره جزاء للفعل الثابت ارتكابه قبل إبرام عقد العمل بغض النظر عن توقيت الإدانة.

من جانبنا نرى أن معيار مباشرة الحق في الانتهاء أو الفسخ هو وقت وقوع الجريمة المنسوبة للعامل والتي يتعين أن تكون أثناء سريان عقد العمل.

(٢٤٤) د. محمد ليبيب شنّاب ص ٢١٣، د. فتحي المرصفاوى ص ٤٣٠ أحمد شوقي المليجي ص ٢٤٦، د. حسن كيرة ص ٥٩٤، د. محمد عماد البربرى ص ٤٠، د. محمد علي عمران ص ١٧٩.

(٢٤٥) بدليل حق صاحب العمل في مباشرة حقه في الانتهاء أو الفسخ بمجرد ارتكاب العامل لجريمته أثناء عقد العمل إكتفاء بما يجريه معه من تحقيق ادارى دون انتظار صدور الحكم بالإدانة، وبغير أن يؤخذ من توقيت مباشرة الحق في الانتهاء أو الفسخ دليلا على عدم مشروعيته.

- أما عن أساس إنكارنا للحق في الإنهاء أو الفسخ على صاحب العمل في هذه الحالة - وقوع الجريمة قبل الالتحاق بالعمل - فمردده إختلاف آليات الإبطال عن الإنهاء والفسخ^(٢٤٦).

فبينما بطلان العقد أو إبطاله وسيلة فنية تواجه ما قد يواكب - زمنيا - إبرام العقد من تخلف أركانه وشروط صحته. فإن الفسخ جزاء للإخلال اللاحق من جانب أحد المتعاقدين لإلتزامه بخطأ بعد إذ أبرم العقد صحيحا مستوفيا أركانه وشروطه. مما يستلزم أن يقع هذا الإخلال في الإطار الزمني للعلاقة التعاقدية وليس قبل إبرامها.

كذلك فإن الإنهاء كوسيلة للتخلل من العقد لا يستند لأسباب متعلقة بإبرامه وإنما يستند لأسباب راجعة - لأى من طرفيه - أثناء تنفيذ العقد في الإطار الزمني له^(٢٤٧).

وعلى ذلك لا يصح التخلل من العقد في هذا القرض استنادا للحق في الفسخ لأنه لا يسوغ أن تعتبر الجريمة المرتكبة قبل إبرام عقد العمل من قبيل الإخلال بالتزام تعاقدى حيث لم يكن العقد قد أبرم بعد.

كذلك لا يصح الاستناد في هذا القرض لقواعد الإنهاء بالإرادة المنفردة بنسبة الخطأ التأديبي للعامل، حيث كان ما نسب إليه واقعا قبل إبرام عقد

(٢٤٦) مع تسليمنا بأن ارتكاب جريمة قبل الالتحاق بالعمل يبنى عن عدم صلاحية العامل ويبرر التخلل من العقد، لكن وفقا للآليات القانونية المناسبة.

(٢٤٧) قريب من هذه التفرقة ما يعرفه القانون المدنى من تقرير البطلان لإستحالة المحل عند إبرام العقد وتقرير الإنفساخ للإستحالة الطارئة بعد الإبرام إذا كانت بقوة قاهرة وتقرير الفسخ إذا كانت استحالة للتنفيذ راجعة لخطأ المدين.

العمل وبالتالي قبل تحمله بالواجبات الوظيفية التي يبدأ الالتزام العامل بها من تاريخ إبرامه للعقد^(٢٤٨).

وبالتالي لا يكون أمام صاحب العمل للتحلل من العقد في هذه الحالة إلا الاستناد لقواعد الإبطال للتبليس بالكذب أو بالكتمان حيث يكون العامل قد أكد برأنته أو قدم شهادات مزورة أو أخفى هذه المعلومة عنه - ذلك ما لم يكن ممكنا تكليف هذه الحالة - تقديمه شهادة حالة جنائية مزورة أو تأكيده برأنته - بما يدخلها في نطاق م ١/٦١ عمل التي أجازت فصل العامل في حالة إنتحاله شخصية غير صحيحة أو قدم شهادات أو توصيات مزورة^(٢٤٩).

ذلك مع إنتقاداتنا نص م ١/٦١ عمل نفسه الذي سمح بإستخدام آليات الإتهام مقام آليات الإبطال للتبليس عن واقعة تمت قبل إبرام عقد العمل^(٢٥٠).

(٢٤٨) أنظر نقض ٤٩/٣٩٥ ق - جلسة ١٩٨٤/٤/٨ مشار إليه في د. خميس السيد اسماعيل - موسوعة المحاكمات التأديبية أمام مجلس الدولة - ص ٧٦ - ٧٩. مؤدى أن المحكوم عليه بعقوبة جنائية وقد التقط شرط الضلحية اللازمة قانونا لتعيين يكون قرار تعيينه باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة لأن شروط التعيين مقرررة للمصلحة العامة وحيث أصدرت الطاعنة قرارا بسحب تعيينه لديها، فيكون هذا القرار الأخير بمنأى عن التعسف.

وتمت محكمة النقض على الحكم المطعون عليه أنه اعتبر انتهاء العلاقة فسخ مشوب بالتعسف، وأكدت أن القرار هو سحب لقرار تعيين باطل بطلانا مطلقا.

(٢٤٩) أنظر نفس الاتجاه م ٥/٨٣ من نظام العمل السعودي إذا ثبت أن العامل لجأ إلى التزوير ليحصل على العمل، م ٣٤/أ من نظام العمل العراقي إذا انتحل العامل شخصية كاذبة أثناء عمله أو اعتمد في حصوله على العمل على وثائق مزورة؛ م ٥٥/ح قانون عمل كويتي إذا انتحل الأجير جنسية كاذبة.

(٢٥٠) وقد يكون سبب هذا التجوز عن الدقة القانونية، رغبة المشرع في تجنب صاحب العمل مشاكل يطل العقد المتمثلة في إجراءات دعوى الإبطال على اعتبار أن

- أما عن الصلة الموضوعية بين الجناية وعمل العامل من ناحية. والوصف المطلوب فيها (الاخلال بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة) من ناحية أخرى بمعنى هل سوى التشريع في قرينة الخطأ التأديبي بين الجناية المرتكبة داخل دائرة العمل وبين الجناية المرتكبة خارج دائرة العمل بحيث يعد ارتكابها على إطلاقه خطأ تأديبيا أم أنه عامل الجناية معاملة مختلفة بحسب دائرة ارتكابها شأن معاملته للجنة.

الرأى الذى عليه غالبية الفقه أن صياغة نص م ٦١ عمل تفيد الإطلاق وبالتالي فإن ارتكابها سواء داخل دائرة العمل أو خارجه أى فى إطار حياته الخاصة ولو لم تكن مخلة بالشرف أو الآداب العامة يفترض فى شأنها الخطأ التأديبي (٢٥١).

= الإبطال لا يقرر إلا بحكم قضائى ويكون العقد الى حين صدور الحكم بالإبطال قائما ونافذا فى ظل نظام التقابلية للإبطال. مع ذلك فإننا نرى أنه كان يمكن التغلب على هذه المشاكل ببعض التعديل فى آلية الإبطال. سواء بتبني نظام العقد الموقوف وبالتالي يعتبر العقد قائما إلا أنه غير نافذ إلى حين إجازته أو التمسك بالإبطال. سواء بالسماح لمن يتمسك بالإبطال بالتصرف على اعتبار العقد باطلا دون انتظار حكم قضائى يقرره وذلك من باب القياس من باب أولى على ما أتجه إليه القضاء فى شأن فسخ عقد العمل. إذ بينما تجوز القضاء وسمح للمتعاقد المتضرر أن يعتبر العقد مفسوخا دون انتظار الحكم بالفسخ برغم أن العقد أبرم صحيحا، وذلك إستجابة لمخاطر ومضار الإبقاء على العلاقة القانونية مع من أدخل بالتزامه اخلايا جسيما فى عقد العمل الذى يظهر فيه الاعتبار الشخصى. فإن العلة تظهر من باب أولى فى خصوص التمسك بإبطال عقد العمل الذى شاب الخلل شروط صحته، حيث تظهر فيه أيضا أهمية الاعتبار الشخصى وتأثره بخطورة الإبقاء على علاقة مطلوب يبطالها.

(٢٥١) د. عبد الرؤوف يحيى ص ٣٢٧، د. عبد الناصر العطار ص ٢٤٩.

أحمد شوقي المليجي ٤٧٧ - ٢٤٧، د. عبد القادر الحاج ص ١٧٠، د. اسماعيل غانم ص ٤٣٣، د. محمد لبيب شنب ص ٢٥٧، د. فتحي المصفاوى ص ٤٣٩، فى نفس الاتجاه قانون العمل اللبناني م ٦/٧٤ السابق الإشارة إليه، م

أما من ناحية السياسة التشريعية:

فالبعض يعارض النهج التشريعي - على التفسير السابق - في إطلاق الاستدلال على الخطأ التأديبي في حال ارتكاب الجناية ولو في إطار الحياة الخاصة للعامل بغير قيد.

ويرى أن الأولى بالمشروع أن يحصر حالة الاستدلال على الخطأ التأديبي - والتي يقيم قرينة عليها - في حالة ارتكاب الجناية خارج دائرة العمل على الحالة التي يمثل ارتكابها اخلال بحسن سير العمل وتأثيراً سلبياً على سمعة المشروع والثقة في العامل وهو ما يتحقق في رأيهم بتقييد افتراض الخطأ التأديبي على الحالة التي تكون فيها الجناية المرتكبة خارج دائرة العمل مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة^(٢٥٢).

أما فيما عدا ذلك فإن الجناية المرتكبة خارج دائرة العمل في إطار الحياة الخاصة للعامل لا بد أن تظل بمنأى عن رقابة صاحب العمل ولا يجوز افتراض التأديبي في حال ارتكابها، وبحيث يكون ثبوت وصف الخطأ التأديبي عندئذ منوط بالتقدير القضائي في خصوص كل حالة على حدة

^(٢٥٢) ٧/٩٤ من قانون العاملين المدنيين بالدولة - م ٧/٩٦ من قانون العاملين بالقطاع العام - م ٤٥ من قانون شركات قطاع الأعمال العام، د. محمد عصفور - المرجع السابق - ص ١٨٩، المستشار عبد الوهاب البنداري - العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوى الكادرات الخاصة - دار الفكر العربي ص ٢٧٣ - ٢٧٦.

(٢٥٢) د. عبد الووود يحيى - شرح قانون العمل ١٩٨٧ ص ٣٢٧، د. عبد الناصر العطار - شرح أحكام قانون العمل - ١٩٨٩ ص ٢٥٠، آراء بعض الفقه المشار إليها في رسالة د. محمد عماد البربري ص ٤٠.

بحسب ما يراه فى تأثير ارتكابها وتعارضه مع مقتضيات الوظيفة وطبيعة العمل.

- من جانبنا نرى أن تفسير نص م ٦١ عمل مع الأخذ فى الاعتبار بما جاء فى م ٦٧ عمل يؤدى إلى هذا الاقتراح الذى ذهبت إليه غالبية الفقه، بحيث نعتبره هو مقتضى النص ومقصوده (القانون الوضعى).

- ذلك أنه إذا كان تامل نص م ٧/٦١ عمل يفيد لأول وهلة أن اصطلاح "جناية أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب" الوارد بها جاء مطلقاً بما يجعله منصرفاً للجناية أو الجنحة المرتكبتين داخل أو خارج دائرة العمل ويحيث يكون وصف الإخلال بالشرف أو الآداب العامة منصرفاً للجريمتين أياً كان مكان ارتكابهما، على اعتبار أن لفظة "أو" الواردة فى النص تفيد التخيير وأن هذا التخيير جاء مقترناً بوصف واحد ينصرف لكلا الخيارين مفهومين بطريقة مطلقة.

- إلا أن ما جاء فى م ٦٧ عمل - من اضافة "أو أى جنحة داخل دائرة العمل"، يفيد أمران:

من ناحية: بدلالة النص (٢٠٠): أن كل جناية داخل دائرة العمل تعتبر ارتكابها على إطلاقها خطأ تأديبياً وذلك قياساً من باب أولى على الجنحة المرتكبة داخل دائرة العمل. باعتبار أن المشرع نظر فى افتراض الخطأ

(٢٥٢) هو المعنى الذى لا تدل عليه عبارة النص أو اشارته لكن يستنتج من مفهومه بالنظر للعلة من الحكم الذى تدل عليه عبارات النص.

التأديبي في هذا المقام من جانب لمكان ارتكاب الجريمة إلا وهو دائرة العمل الذي يتطلب درجة عالية من الانضباط والالتزام السلوكي.

ومن جانب آخر لجسامة الجرم فتطلب أن يكون جنحة^(٢٥٤). وإذا تشارك الجناية مع الجنحة في دائرة ارتكابها - في حال ارتكابها داخل دائرة العمل. وتزيد عنها في الجسامة يكون قد تحقق وجه القياس من باب أولى في افتراض الخطأ التأديبي حال ارتكابها دون تطلب أى وصف اضافي في شأنها. وهو ما يمكن الاستناد إليه سواء لتبرير تقييد الاطلاق الوارد في م ٦١ في شأن الجناية سواء للقول بأن م ٦١ تقصد الجناية الواقعة خارج دائرة العمل أما الجناية داخل دائرة العمل فهي مسكوت عن حكمها ويستنتج عن طريق التفسير من باب أولى على ما قدمنا.

ومن ناحية أخرى: بإشارة النص^(٢٥٥) أن التخيير الموصوف بالاخلال بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة الوارد في م ٦١ عمل وم ٦٧ انما ينصرف للجناية والجنحة المرتكبتين خارج دائرة العمل دون ما يرتكب منهما داخله. بحيث لا يفترض الخطأ التأديبي في شأن أى منهما الا حال اتصافهما بوصف الاخلال بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة^(٢٥٦).

(٢٥٤) بحيث يترك ما دون ذلك في الجسامة - مخالفة - في تقدير اتصافه بوصف الخطأ التأديبي للسلطة التقديرية للقاضي بحسب القواعد العامة دون افتراض له. (٢٥٥) وهو المعنى الذي لا تكل عليه عبارة النص بذاتها لكنه معنى لازم لمعنى دلت عليه عبارته لزوما لا انفكاك له.

(٢٥٦) أما في غير هذه الحالة - أى حيث لا تكون مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة - فيكون اثبات الخطأ التأديبي للسلوك الاجرامى للعامل متروك للقاعدة العامة في أن تكيف الخطأ التأديبي فيما ينسب للعامل من سلوك متروك لتقدير القضاء بالنظر لمدى تعرضه مع مقتضيات الوظيفة وطبيعة العمل وهدف المشروع وحسن سير العمل به.

أما الجنائية والجنحة المرتكبتين داخل دائرة العمل فإنه يفترض في شأنهما على إطلاقهما الخطأ التأديبي وهو ما تبين في خصوص الجنحة بعبارة النص وفي خصوص الجنائية بدلالته^(٢٥٧).

أضف إلى أن هذا التفسير يستجيب لما هو متفق عليه من ضرورة التمييز في المعاملة بين ما يقع من العامل في إطار دائرة العمل وبين ما يقع منه في إطار حياته الخاصة خارج دائرة العمل.

فبينما يطالب العامل في داخل دائرة العمل التي يخضع فيها لاشرف وتبعية رب العمل بدرجة من الانضباط والالتزام السلوكي أعلى درجة من هذا المتطلب في خارج دائرة الحياة المهنية. بما يقتضى توسيع دائرة الخطأ التأديبي في تقدير سلوك العامل الذي يصدر منه داخل دائرة العمل، آخذين في الاعتبار طبيعة الوظيفة وانتظام العمل في المشروع والتعاون بين العمال، عنه في خارجه. كل هذا - دون القول بوجود تلازم مطلق بين ما هو جريمة وبين ما هو خطأ تأديبي - يدعونا إلى تأييد الموقف التشريعي من افتراض الخطأ التأديبي في حال ارتكاب الجنائية داخل دائرة العمل على اعتبار أن هذا الافتراض يؤيده الواقع من أنه في الغالبية العظمى من الحالات تكون الجنائية المرتكبة داخل دائرة العمل مخلة بحسن سير العمل

(٢٥٧) أنظر اتجاه مؤيد في الفقه المصري د. حسام الأهواني - المرجع السابق - ص ٤٠٠ وان كان يقترح تعديل النص بإطلاق الجنائية المرتكبة خارج دائرة العمل من هذا القيد لجسامتها. - د. أحمد خليفة البيومي - رسالته - ص ٢٣٥ - ص ٣٢٧ ويرى بدوره نفس اقتراح د. حسام الأهواني - د. محمود جمال الدين زكي - قانون العمل - ط ٣.

أنظر نفس صياغة القانون المصري وبالتالي في رأينا نفس التفسير: قانون العمل اليمني م ٥٠/ز - قانون العمل الليبي م ٥١.

بالمشروع ومصالحه وسلامه الاجتماعى كما ينبئ عن خطورة اجرامية لفاعله مما يتعذر استمرار التعاون معه كما يؤثر سلبيا على ثقة المشروع لدى العملاء.

وبالتالى نرى أن هذا الافتراض فى شأن الجناية الواقعة داخل دائرة العمل، افتراض يستقيم أمره ولا يصطدم مع الاعتبارات الفنية لفكرة الخطأ التأديبى.

لكننا نقترح أن يسمح لرب العمل بإثبات الخطأ الجسيم فى حق العامل تحت تقدير القضاء، لتأييدنا فكرة تدرج الخطأ. أما فى شأن الجناية خارج دائرة العمل - والأمر نفسه فى شأن الجنحة خارج دائرة العمل - فإن المشرع قد حق فى الحياة الخاصة للعامل الأصل فيها أن تظل بمنأى عن رقابة صاحب العمل وتدخله فيما لا تأثير سلبى لها على حسن سير العمل بالمشروع أو سمعته أو ثقة العملاء أو متعارضا مع مقتضيات وظيفته وهدف المشروع (٢٠٨). ومما لا شك فيه

(٢٥٨) انظر أحكام محكمة ادارية عليا منشورة فى د. سليمان محمد الطماوى - القضاء الادارى - الكتاب الثالث - قضاء للتأديب - دراسة مقارنة - ١٩٨٧ - دار الفكر العربى ص ١٩٤ خاصة ٦١/٥/٢٠ ص ٦ ص ١٢٠٢ "الموظف الحكومى لا تقتصر مسؤوليته عما يرتكبه من أعمال فى مباشرته لوظيفته الرسمية، بل أنه قد يسأل كذلك تأديبيا عما يصدر منه خارج نطاق عمله، فهو مطالب على الدوام بالحرص على اعتبار الوظيفة التى ينتمى اليها، ولا يجوز أن يصدر منه ما يمكن أن يعتبر مناقضا للثقة الواجبة فيه والاحترام المطلوب له..." محكمة ادارية عليا ٦٥/٥/٢٣ ص ١٠ ص ١٤٢٣ سلوك الموظف الشخصى فى غير نطاق الوظيفة ينعكس على سلوكه العام فى مجال الوظيفة من حيث الاخلال بكرامتها ومقتضياتها، ووجوب أن يلتزم للموظف فى سلوكه ما لا يفقده الثقة والاعتبار، إذ لا يقوم عازل سميك بين الحياة العامة والحياة الخاصة، يمنع كل تأثير متبادل بينهما. ولا يسوغ للموظف العام، ولو كان خارج نطاق الوظيفة، أن

أن أظهر حالات التعارض بين ما يقع خارج دائرة العمل وبين مقتضيات الوظيفة التي تبرر الافتراض التشريعي للخطأ التأديبي أن تكون الجنائية - أو الجنحة - المرتكبة خارج دائرة العمل مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة على اعتبار أن ما تختل به الثقة في الشخص في إطار حياته الخاصة تختل به في إطار حياته المهنية لأن الثقة لا تتجزأ وأن من يفرض في مبادئ الشرف أو الآداب العامة خارج دائرة العمل لا يؤتمن داخله. أما ما عدا ذلك من حالات فلقد قدر المشرع أنه لا مجال معه لافتراض الخطأ التأديبي ويترك أمر اثباته للقواعد العامة تحت تقدير القضاء.

هذا الموقف التشريعي في حصر افتراض الخطأ التأديبي في هذه الحدود يستجيب من ناحية لأساس سلطة رب العمل التأديبية سواء أسست على النظرية الفردية التقليدية القائمة على فكرة التبعية وحدودها وحسن النية في تنفيذ العقود سواء أسست على النظرية اللانحبة في الحدود المحققة لمصلحة المشروع^(٢٥٩).

== ينسى أو يتناسى، أنه موظف تحوطه سمعة الدولة، والكثير من التصرفات الخاصة للموظف قد تؤثر تأثيرا بليغا في حسن سير المرافق وسلامته، ومنها ما قد يؤثر تأثيرا فاضحا في كرامة الوظيفة ورفعتها. فعليه أن يتجنب كل ما قد يكون من شأنه الإخلال بكرامة الوظيفة واعتبار الناس لها، د. محمد عصفور - نحو نظرية عامة من التأديب دراسة تحليلية ومقارنة لنظم التأديب من نطاق قانون العمل والوظيفة العامة والمهني الحر* - عالم الكتب - ١٩٦٧ ص ١٩٤، م ٦٩٥/مدني.

Lanmy Sore. 1984. P. 748.

(٢٥٩) أرجع في عرض أساس السلطة التأديبية وحدودها.

J. Savatier, J. Rivero: droit du travail ed. Themis 1991 P. 182 - 187; Michel Despax, J. Pellissier: la gestion du personnel. ed. Cujas T.2 P. 23.

كما يتفق من ناحية أخرى مع استقلال المسؤولية التأديبية^(٢٦٠) بحسب الأصل عن المسؤولية الجنائية. بحيث لا يشترط في الخطأ التأديبي أن يكون جريمة، والواقع يزخر بأمثلة لا تقع تحت حصر^(٢٦١)، كما لا ترتب كل جريمة المسؤولية التأديبية. إذ قد لا يترتب على الجريمة اخلال بحسن سير العمل داخل المشروع كما لا يعتبر ارتكابها متعارضا مع مقتضيات الوظيفة برغم كونه جنائية، خاصة في ظل الاسراف التشريعي للجرائم السياسية^(٢٦٢).

مع ذلك فإننا نقترح على مستوى السياسة التشريعية أن نتمدد قرينة الخطأ التأديبي في حالة الجنابة الواقعة خارج دائرة العمل، إضافة لما ورد النص عليه في حالة الاخلال بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة، لحالة

(٢٦٠) لا يترتب الخطأ التأديبي بتكليف الاخلال بحسن سير العمل والثقة فيه وجودا وعندما استقلالا عن الوظيف في الفعل. بمعنى أن المعمول عليه في ثبات وصف الخطأ التأديبي ليس بطبيعة السلوك ولكن بآثاره السلبية على حسن سير العمل بالمشروع.

V. Pierre ortschedit droit disciplinaire et droit du licenciement" Dr. Soe 87, P. 11. (٢٦١) الطعن ٢٧٧/٢٧ ق - جلسة ١٩٧٣/٦/٢٣ في عصمت الهوارى ج ١ ص ٢١٨ قاعدة ١٢٨ لا يتمتع على المحكمة المدنية للبحث فيما إذا كان الفعل مع تجرده من صفة الجريمة يعتبر امثالا جسيما إذ يجوز أن يكون خطأ منليا دون أن يوجد خطأ جنائي - انظر أيضا في أمثلة على الخطأ التأديبي المفترض مما لا يعد جريمة م ٣/٦١ - ٤ - ٨ - ٩ - عمل، م ٥٨ / ١ - عمل.

(٢٦٢) انظر القرار بقانون رقم ١ لسنة ١٩٧٧ جريدة رسمية ع ٥ الصادر في ١٩٧٧/٢/٣ والقانون ١٩٧٧/٤٠ بنظام الأحزاب السياسية الذي يعاقب بالسجن كل من انشأ أو نظم أو ادار تنظيما حزبيا على خلاف القانون (جريدة رسمية ع ٢٧ في ١٩٧٧/٧/٧). القانون ٧٨/٣٣ بشأن حماية الجهة الداخلية والسلام الاجتماعي - جريدة رسمية ع ٢٢ مكرر في ٧٨/٦/٣ - والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ المعروف بقانون العيب - جريدة رسمية ع تابع في ١٥/٥/١٩٨٠ - انظر أمثلة لجرائم من القانون العام التي يصعب القول بانها تخل بحسن سير العمل داخل المشروع م ١٤٢ ع - م ١٤٤ م.

الاعتداء على صاحب العمل أو نائبه أو المدير المسئول سواء بسبب العمل سواء بخير صلة به وكذلك حالة الاعتداء على أحد رؤسائه أو أحد زملائه بسبب العمل. على أن يسمح لرب العمل بإثبات الخطأ الجسيم في حق العامل تحت تقدير القضاء، لتأييدنا لفكرة تدرج الخطأ على ما بينا. ووجهة إضافية هذه الحالة ضمن الافتراض التشريعي للخطأ التأديبي رغم وقوعها خارج دائرة العمل، يرجع ظهور تأثيرها السلبي على حسن سير العمل ووضوح تعارض ارتكابها مع مقتضيات الوظيفة وطبيعة العمل بما يبرر هذا الافتراض للخطأ التأديبي الجدي المبرر لانتهاء عقد العامل. وهو ما لا تغطيه بالكامل م ٩/٦١ (٣٦٧).

أما في غير هاتين الحالتين فإن إثبات الخطأ التأديبي في حالة ارتكاب العامل لجناية خارج دائرة العمل يخضع للقواعد العامة في الإثبات تحت تقدير القضاء بالنظر لتعارض هذه الجريمة مع مقتضيات الوظيفة وطبيعة عمله وهدف المشروع (٣٦٨).

(٢٦٣) م ٩/٦١ عمل إذا وقع من العامل إعتداء على صاحب العمل أو المدير المسئول أو إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه.

(٢٦٤) من الجدير بالذكر أنه في ظل القانون الفرنسي الذي خلى من نص يفترض الخطأ التأديبي في بعض حالات الجريمة المرتكبة من العامل، فإن الفقه والقضاء تبني معيار من لكل ما يصدر عن العامل من جرائم سواء داخل أو خارج دائرة العمل. وأياً كانت جسامته دون افتراض له في حالة بعينها

V. Michel Roger "les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail". Dr. soc. 1980. No 22 - 25; Michel Despax op.cit. No. 22 - 27; Lamy social 84 P. 845; 748 - Cass. Soc. 20 nov. 1991 Dr. Soc. 92 P. 79 en principe, il ne peut être procédé ou licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière.; François Gaudu: le licenciement pour perte de confiance "Dr. soc. 92 No 16 - 17 - 18; Alain Chirez: la perte de confiance par l'employeur constitue - t - elle

إزاء ذلك يكون تحديد المقصود بدائرة العمل ذو أهمية، على اعتبار المعاملة التشريعية المختلفة للجناية الواقعة داخل دائرة العمل^(٣٦٥) عن الجناية الواقعة خارجه^(٣٦٦)، إلا أنه تجنبا للتكرار فإننا نوجل تحديده إلى حين دراسة الجنع على اعتبار وحدة الموضوع. فإذا كان ذلك هو الشأن في الجناية فما هو في خصوص الجنحة.

ثانيا: الجنحة:

ميز الشارع في اطار قانون العمل بين الجنحة^(٣٦٧) الواقعة خارج دائرة العمل وتلك الواقعة داخل دائرة العمل.

^{٣٦٥} une cause réelle et sérieuse de licenciement. Dalloz 81 chr. P. 193 - 197; Pierre Ortschedit "droit disciplinaire et droit du licenciement" Dr. soc. 87 P. 11; Michel Despax. J. Pelissier: "la gestion du personnel ed. cujas T. I P. 320; Michel Despax: la vie extra - professionnelle du salarié et son incidence sur le contract de travail": J.C.P. 63 No. 1779. sépc. No 22 - 21.

(٢٦٥) حيث يفترض في شأنها الخطأ التأديبي مطلقة من الوصف.

(١/٢٦٥) حيث لا يفترض في شأنها الخطأ التأديبي الا حيث تكون مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أما فيما عدا ذلك فان أثبت الخطأ التأديبي يخضع للقواعد العامة في أثبات الخطأ التأديبي.

(٢٦٦) الجنع هي الجرائم المعاقب عليها باحدى العقوبتين الأتيتين: - الحبس، والغرامة التي تزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه. (م ١١ ع معدلة بالقرار بقانون ١٦٩/ن). بينما المخالفات هي الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التي لا تزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه (م ١٢ ع).

تطبيقا لذلك: فإنه إذا قرر القانون لجريمة ما عقوبة الحبس أيا كانت مدته فهي حتما جنحة، إذ لا يتصور أن يكون الحبس هو عقوبة المخالفة.

أما إذا كانت العقوبة هي الغرامة فالعبرة في وصف الجريمة بالحد الأقصى للغرامة وفقا للنص لا بالعقوبة التي ينطبق بها القاضى مستعملا سلطنته التقديرية. أنظر د. محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٥٤. أنظر نقض ٦٩/٤/٢١ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ رقم ١١٢ ص ٥٣٩. كما أن العبرة في الوصف بالحد الأقصى المقرر في النص دونما نظر للحد الأدنى نوعا وقدرًا.

أنظر د. محمد زكى أبو عامر - المرجع السابق - ص ٣٦٤ - ٣٦٥.

١ - اللجنة الواقعة خارج دائرة العمل

يستفاد من نص م ٦١ وم ٦٧ عمل أن المشرع حصر القرينة القانونية القاطعة على الخطأ التأديبي المبرر للإنتهاء المستفاد من اللجنة الواقعة خارج دائرة العمل في حالة كونها مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة. بحيث لا تقوم القرينة القانونية على الخطأ التأديبي من ارتكابها في غير هذه الحالة، وهو ما يتضح من مقابلة م ٦٧ عمل للجنة المرتكبة داخل دائرة العمل وهذه يستفاد منها الخطأ التأديبي في جميع الأحوال واللجنة المرتكبة خارجة وهذه لا يستفاد منها الخطأ التأديبي إلا في حالة كونها مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أو حيث يوجد نص خاص يقرر ذلك (٢٦٧).

ووفقا لهذه النصوص التشريعية فإنها باعتبارها قيدت ثبوت قرينة الخطأ التأديبي في حالة اللجنة خارج دائرة العمل بضرورة اتصافها بوصف الاخلال بالشرف أو الآداب العامة أو الأمانة، فإنه فيما عداها يقع على صاحب العمل عبء اثبات الخطأ التأديبي ودرجته تحت رقابة القضاء

(٢٦٧) م ٩/٦١ عمل إذا وقع من العامل اعتداء على صاحب العمل أو المدير المسئول أو إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه.

هذا النص لم يشترط في الاعتداء أن يصل لدرجة الجريمة، وتارة يعتد به في حالة كون المجنى عليه صاحب العمل أو المدير المسئول أي كان درجة الاعتداء ومكافئه وزماته وسببه وتارة أخرى حيث يكون المجنى عليه أحد رؤساء العمل بشرط أن يكون اعتداء جسيما وأن يتم الاعتداء أثناء العمل أو بالأقل بسببه في حالة ارتكابه خارج دائرة العمل. - أنظر في تفسير هذا النص د. حسام الأمواني - د. محمد إيبب شنب - د. فتحي المصفاوي - وغيرها من مراجع قانون العمل.

وتقديره، على اعتبار أن الأخطاء التأديبية غير واقعة تحت حصر سواء ما اتخذ منها شكل الجريمة أو لم يتخذ.

ومبرر الاستدلال التشريعي على الخطأ التأديبي في حالة الجنحة الواقعة خارج دائرة العمل - في حالة كونها مخلة بالشرف، أنه لا يقوم عازل سميك أو حاجز بين الحياة الخاصة والحياة المهنية كما أن الثقة لا تتجزأ وبالتالي يسوغ أن يستفاد من الجنحة المخلة بالاعتبار والشرف خارج دائرة العمل لاختلال الثقة في نطاق العمل بما في ذلك من تعارض مع كرامة الوظيفة وسمعة المشروع^(٢٦٨).

في نطاق القانون المقارن: نجد أن قانون العمل اللبناني لا يرتب قرينة تشريعية على الخطأ التأديبي في حالة ارتكاب الجنحة خارج دائرة العمل أيا كان وصفها^(٢٦٩)، متبنياً استقلال الحياة الخاصة للعامل عن حياته المهنية.

في قانون العمل الليبي والعراقي واليمنى والكويتى: فإنه لا تقوم القرينة التشريعية على الخطأ التأديبي من ارتكاب الجنحة عموماً - داخل

(٢٦٨) انظر ما أشرنا إليه سابقاً: إدارية عليا ٦٥/٥/٢٢ م ١٠ ص ١٤٢٣.
(٢٦٩) م ٦/٧٤ لبناني إذا حكم على الأجير بالحبس سنة فأكثر لارتكابه جنائية، أو إذا ارتكب جنحة في محل العمل ولتشاء القيام به وإذا حكم على الأجير لأجل الأعمال المنصوص والمعاقب عليها في م ٢٤٤ع. وهذه الأخيرة خاصة بجنحة عدم تنفيذ قرار تحكيم أو أى حكم من محاكم العمل. انظر د. محمد لييب شنب - قانون العمل اللبناني ص ٢١٤. - بما يترك الاستدلال على الخطأ التأديبي ودرجته في حالة ارتكاب الجنحة خارج دائرة العمل، متروكاً لتقدير القضاء بحسب الأصل العام.

أو خارج العمل - إلا إذا كانت مخلة بالشرف (٢٧٠)، أو إذا أخذت صورة الاعتداء على فئات محددة بالنص سواء داخل أو خارج دائرة العمل سواء داخل دائرة العمل فقط (٢٧١).

وبحث يترك فيما عدا ذلك الاستدلال على الخطأ التأديبي ودرجته لتقدير القضاء بغير تقييد بقرينة تشريعية مسبقة.

بما يتبين معه وحدة التنظيم القانوني بين القانون المصري والقانون الليبي. العراقي. اليمني. والكويتي في شأن الجرح المرتكبة خارج دائرة العمل وانحصار الاستدلال في شأنها على الخطأ التأديبي المفترض تشريعي

(٢٧٠) م ٥١/أما ليبي إذا حكم على العامل نهائياً في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة.

- أنظر م ٢٤/ب عراقي إذا حكم على العامل نهائياً بجنحة أو جنابة مخلة بالشرف قانون يمني م ٥٠/ز إذا حكم على العامل في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة.

كويتي م ٤/٥٥ إذا حكم على العامل في جريمة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الأخلاق

(٢٧١) م ٥١/عاشرا ليبي إذا اعتدى العامل على صاحب العمل أو المدير المسئول وكذلك إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أو أحد زملائه أثناء العمل وبسببه.

أنظر د. فتحي المصطفى - المرجع السابق - ص ٤٢٠ - ٤٣٠. مطابق له نص م ٩/٥٠ يمني أثناء العمل أو بسببه أنظر د. محمد عبد القادر الحاج ص ١٦٨ وما بعدها.

م ٦/٥٥ إذا وقع من العامل اعتداء على أحد زملائه، أو على صاحب العمل أو من يقرب عنه، أثناء العمل أو بسببه.

واضح من النص أنه لم يشترط في الاعتداء أن يمثل جريمة. وأنه مايز بحسب شخصي المعتقدى عليه فتارة يرتب الخطأ التأديبي الجسيم أيا كان مكان الاعتداء وبسببه وتارة أخرى يحصره في حالة ارتكابه أثناء العمل وبسببه.

- م ٣٤/ح عراقي إذا ارتكب جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات بحق أحد مبعثي الإدارة أو صاحب العمل. وذلك أيا كان مكان وقوعها وأيا كان سببه.

على حالة كونها مخرطة بالشرف (٢٧٢) أو حالات الاعتداء - سواء أخذت صورة الجريمة أو لم تأخذ - على الفئات المحددة بالنص (٢٧٣).

- قبل أن نبدأ بتقييم تنظيم قانون العمل المصري من حيث السياسة التشريعية نرى مفيداً أن نعرض للتنظيم الوارد في قانون العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وشركات قطاع الأعمال العام ثم لموقف القانون الفرنسي المقارن.

فوفقاً لقانون العاملين المدنيين بالدولة (م ٧/٩٤) (٢٧١) وقانون العاملين بالقطاع العام (م ٧/٩٦) وقانون شركات قطاع الأعمال العام (م ٤٥). يقتصر الاستدلال على الخطأ التأديبي المقترض - تشريعياً - المبرر لانتهاء الخدمة في حالة ارتكاب جنحة (٢٧٠) داخل أو خارج دائرة العمل على حالة

(٢٧٢) ينحصر الفارق في الجرح المرتكبة داخل دائرة العمل التي تعطىها القوانين المصرية السالفة في حكم الجرح المرتكبة خارج دائرة العمل، بينما القانون المصري يستدل في شأنها على الخطأ التأديبي في جميع الحالات بغضير قيد (٢٧٣) على التفصيل السابق الإشارة إليه في خصوص مكان الاعتداء وسببه بحسب المعنى عليه.

(٢٧٤) م ٧/٩٤ (مطابق له م ٧/٩٦) الحكم عليه بعقوبة جنائية في إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو ما يمثله من جرائم منصوص عليها في القوانين الخاصة أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخرطة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن الحكم مع وقف التنفيذ.
م ٤٥ (قانون شركات قطاع الأعمال العام) "صدور حكم بك بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخرطة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن الحكم مع وقف التنفيذ الشامل".

(٢٧٥) برغم أن وصف الجنحة لم يرد صراحة في هذه النصوص، إلا أن تطلب أن يكون الحكم صادراً بعقوبة مقيدة للحرية يقطع بوصفها كجنحة، لأن المخالفات هي جرائم تنحصر العقوبة فيها على الغرامة التي لا يزيد أقصى مقدارها على مائة جنيه (م ١١ - م ١٢ ع) ولا يتصور فيها العقوبة المقيدة للحرية.

كونها مخلة بالشرف بشرط أن يصدر حكم الادانة بعقوبة مقيدة للحرية. بحيث إذا صدر الحكم بغرامة - تزيد على مائة جنيه - في جريمة مخلة بالشرف فإنه لا يجوز إنهاء خدمة العامل استنادا لادانته فيها^(٢٧٦).

من جانبنا ننتقد هذا التنظيم^(٢٧٧) من ناحية: لأن المقام هو الاستدلال على الخطأ التأديبي الذي يتعارض ارتكابه مع مقتضيات الوظيفة وحسن سير العمل ويخل بالثقة في العامل، وهو ما يستفاد من طبيعة الجريمة المرتكبة وليس من العقوبة الواردة بالنص أو العقوبة المقضى بها.

(٢٧٦) وبزخر قانون العقوبات بجرأتهم لشرف المقرر لها عقوبة تمييزية بين الحين والغرامة (م ٢٧٨) مع معدلة بالقانون ٨٢/٢٩ - ٢٧٩ ع - م ٣٢٣ مكرر - أولا - مضاعفة بالقانون ٨٠/٩٠ - م ٣٢٤ مكرر مضاعفة بالقانون ٥٦/١٣٦ ومعدلة بالقانون ٢٨/٢٩.

- أنظر في التطور التشريعي للنص قانون العاملين المدنيين بالدولة: حيث كان نص م ١٠٧ من القانون ٥١/٢١٠ يعتبر أحد أسباب إنهاء خدمة العامل الحكم عليه في "جريمة مخلة بالشرف" دون تقييدها بأن يكون الحكم صادرا بعقوبة مقيدة للحرية واستمر الأمر على هذا الحال في ظل القانون ١٩٦٤/٤٦ ولم يتغير النص لما هو عليه الآن إلا بالقانون ٧٠/٥٨ (م ٧٠). وبالنسبة لقانون العاملين بالقطاع العام: فقد مر بنفس التطور السابق. مرحلة أولى: - م ٥٦ من لائحة العاملين بالشركات التابعة للمؤسسات العاملة الصادرة بالقرار الجمهوري رقم ٦٢/٣٥٤٦ والتي انطبقت أيضا على العاملين بالمؤسسات العامة طبقا للقرار الجمهوري رقم ٦٣/٨٠٠ (م ٦).

- مرحلة ثانية: حيث اشترط النص أن يصدر الحكم بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف - للقرار الجمهوري ١٩٦٦/٣٣٠٩ (م ٧٥) وبقي الأنظمة التي تبعتها لأن.

- أنظر في هذا المستشار عبد الوهاب البنداري - العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام - دار الفكر العربي ص ٢٦٩، د. سليمان محمد الطماوي - القضاء الإداري. الكتاب الثالث. قضاء التأديب. دار الفكر العربي ١٩٨٧ ص ٢٥١

(٢٧٧) الوارد في قانون العاملين بالدولة وبشركات قطاع الأعمال العام

من ناحية أخرى: أن المقام ليس هو قدرة العامل على أداء العمل من عدمه برغم الادانة حتى ينظر لما إذا كانت العقوبة مقيدة للحرية أم انحصر الأمر في الغرامة^(٢٧٨).

بل المقام على ما أشرنا هو الاستدلال على الخطأ التأديبي وهو ما يستدل عليه قاطعا من ارتكاب الجريمة المخلة بالشرف لما لها من أثر سلبي على الثقة في العامل بغض النظر عن العقوبة المقررة بها. وبالتالي لا يستماع أن يحتفظ بمثل هذا العامل الذي أدان في جريمة مخلة بالشرف لمجرد أنه لم يقضى عليه بعقوبة مقيدة للحرية.

أما عن موقف القانون الفرنسي فإنه في غياب النص التشريعي الذي يعيد أوصاف الجريمة التي يستدل من ارتكابها على الخطأ التأديبي، فإن الفقه والقضاء تبنيا قاعدة مقتضاها أن سلوك العامل الخارجي في إطار حياته الخاصة لا بد أن يظل بمعزل عن رقابة صاحب العمل حماية لحرية الشخصية والتزاما بنطاق تبعية العامل لرب العمل التي تنحصر في حدود الوظيفة، كما أن هذا مما يستجيب لأساس السلطة التأديبية لرب العمل ذات الغاية الوظيفية في الحافظ على حسن سير العمل المشروع مما يكدرها أو يخل بالثقة في المشروع وبما لا يتجاوز هذه الغاية. في ضوء هذا، فإن

(٢٧٨) على العكس فإن الحكم بالعقوبة المقيدة للحرية من عدمه يكون له محله في الجرائم غير المخلة بالثقة بطبيعتها أو التي لا يؤثر ارتكابها على حسن سير العمل المشروع - تشريعا أو قضائيا - وبالتالي لا يجوز الاستناد إليها لإنهاء عقد العمل، ذلك أنه حيث تكون العقوبة المقررة بها عندئذ الغرامة أو غيرها من التدابير الجزائية فإنها التي لا تحول بين العامل وأداء عمله على ما بينا في مقدمة البحث.

المبرر الوحيد لمواخذة العامل على سلوكه الخارجى فى إطار حياته الخاصة أن يكون لهذا السلوك أثره السلبى على حسن سير العمل بالمشروع وسمعته والثقة فيه آخذين فى الاعتبار المركز الوظيفى للعامل ومقتضيات وظيفته وهدف المشروع ذلك من دون تمييز بين ما يعتبر جريمة وما لا يعتبر من سلوك العامل^(٢٧٩)، ويتم بحث ذلك فى خصوص كل حالة على حدة. بل ولا يفيد صاحب العمل فى الاستدلال على الخطأ التأديبى التمسك بأن الجريمة المنسوبة للعامل مخلة بالشرف بل لا بد من إقامة الدليل على أنها تخل بحسن سير العمل وبالثقة فى المشروع فى ضوء المركز الوظيفى وهدف المشروع وهو ما يتم تحت رقابة القضاء.

ولقد وجد هذا الاتجاه أساسه فيما ورد فى مقدمة الدستور الفرنسى - ١٩٤٦ - من أنه "لا يجوز أن يضار أحد فى عمله أو وظيفته بسبب أصله أو آرائه أو معتقداته". وتؤكد هذا بالمادة 35 - L122 الواردة بالقانون الصادر فى ٨/٨/٨٢ حيث حظر أن يتضمن اللوائح الداخلية بالعمل نصوصا تقيد حقوق الإنسان العامة وخرياته الفردية والجماعية، ما لم تكن هذه القيود مما تقتضيه طبيعة الوظيفة المستندة للعامل وفى الحدود اللازمة لذلك. ثم أضيف بالقانون الصادر فى ١٧/١/٨٦ ما يجب أن يظل بمنأى عن سلطة صاحب العمل فيما يضعه من لوائح داخلية: - أخلاقيات العامل - Ses moeurs ووضعها العائلى وأصله وآرائه ومعتقداته أو إعاقة.

(٢٧٩) هذا هو موقف القضاء المصرى للاستدلال على الخطأ التأديبى فى غير ما ورد النص على التمثيل له سواء كان جريمة أو لم يكن.

ثم تأكد هذا المعنى بنص المادة 45 - L122 بالقانون الصادر في ١٩٩٠/٧/١٢ حيث حظر أن يتعرض العامل للجزاء التأديبي أو الفصل بسبب أصله - جنسه - أخلاقياته - وضعه العائلي - أهتمامه العرفي - آرائه السياسية - نشاء النقابي أو معتقداته الدينية.

- لذلك يعمد القضاء في معرض ادانة العامل في جريمة من جرائم القانون العام أن يتحرى أثرها في شأن كل حالة على حدة على حسين سير العمل وسعة المشروع مع الأخذ في الاعتبار طبيعة الوظيفة ومقتضياتها وهدف المشروع دون ما تمييز بين جريمة وأخرى بما في ذلك جرائم الشرف أو جرائم الآداب العامة.

علما بأن القانون الفرنسي في نطاق الخطأ التأديبي يميز بين المبرر الجدى المشروع للإتهام^(٢٨٠) وبين الخطأ الجسيم والذي يترتب عليه حرمان العامل ليس فقط من التعويض عن الإتهام بل أيضا من الحق في مهلة الاخطار^(٢٨١). وبالتالي فإن أحكام القضاء الفرنسي تحرص على تحرى وإظهار ما للجريمة - الجنحة خارج دائرة العمل في كل حالة على حدة من أثر سلبي على حياة سير العمل. ففي جريمة ارتكاب فعل فاضح علني مخل بالحياء. قضى^(٢٨٢) بأنه "

(٢٨٠) الذي وإن جعل الإتهام مشروعا إلا أنه يلزم صاحب العمل باحترام مهلة الاخطار

L. 122 - 6 ; L 122 - 8c. Trav. L 122-9; L. 122- 14.

(٢٨١)

Cass. Ch. Civ. 19 Avril 1963 D. 63 P. 501

(٢٨٢)

"Le salarié, poursuivi pour outrage public à la pudeur, creait un risque sérieux de trouble par sa présence parmi le personnel".

وقضى (٢٨٣) بأنه "

"Lorsque la condamnation dont il a fait l'objet est de nature à rejaillir sur son activité professionnelle et à porter prejudice à son employeur pour le bon renom de l'entreprise".

وقضى فى شأن السرقة الواقعة خارج دائرة العمل (٢٨٤).

"En principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière qui a l'obligation d'avoir un personnel dont la probité ne peut être mise en doute, que la vol ... avait entraîné un retentissement sur le crédit et la réputation de cette dernière" (٢٨٤)

Cass. 11 mars 64 J.C.P. 64 No 13678.

(٢٨٣)

Cass 20 nov. 1991 Dr. Soc. 92 P. 79.

(٢٨٤)

وفى نفس المعنى فى خصوص شروع فى سرقة عن طريق تزوير مستندات فى إطار خارج المشروع.

Cass. 3 mai 1989 J.C.P. 89 No 21334 obs. M.G.; Cass. 16 mai 1991 G.P 1991 P. 281 somm.; Michel Despax - la vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail Op.Cit., No. 26.

(٢٨٥) فى نفس المعنى أنظر:

بعد إذ عرضنا لنص التشريع المصري ومقتضاه والقانون المقارن،
ننتي بالتعليق على نص قانون العمل المصري من ناحية: بتحليل الضابط أو
الوصف الذي تخيره النص للاستدلال على قرينة الخطأ التأديبي في حالة
ارتكاب جنحة خارج دائرة العمل سواء بتحديد المقصود بدائرة العمل
وسواء بتحديد المقصود بالاخلاق بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة.

من ناحية أخرى: - نعرض للنص من حيث تطابق هذا الضابط أو
ذلك الوصف من وجهة نظر السياسة التشريعية.

فأما عن المقصود بدائرة العمل التي ما يقع خارجها ويخرج عن اشراف
رب العمل اللهم إلا إذا كانت من جرائم الشرف أو ما ورد في شأنه نص
خاص (م ٩/٦١ عمل) فترجى تحديده إلى حين دراسة الجرح الواقعة داخل
دائرة العمل.

- فأما عن ضابط الاخلاق بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة (٢٨٦).

= Alain chirez "la perte de confiance par l'employeur constitue - t - elle une cause réelle et sérieuse de licenciement: op.cit D. 81 P. 195; J. Savatier "le licenciement, à raison de ses moeurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux Dr. Soc. 91 P. 485.

(٢٨٦) تاريخ هذا النص كان على النحو الآتي: ورد نص م ٨/٤٠ من المرسوم بقانون ٥٢/٣١٧ و قبله م ٨/٣٠ من القانون ١٩٤٤/٤١ على أنه يجوز لصاحب العمل فسخ العقد إذا حكم على العامل نهائيا لجنحية أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الأخلاق. ثم جاء نص م ٨/٧٦ من قانون العمل الموحد على النحو الذي عليه نص قانون العمل الحالي.

- أنظر م ٧/٩٤ من قانون العاملين المدنيين (قانون العاملين بالقطاع العام في م ٧/٩٦ - م ٤٥ من قانون شركات قطاع الأعمال العام): "..... أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.

فإننا نؤيد الفقه (٢٨٧) في انتقاد النص في شأن اضافة ضابط "الأمانة" الذي لا يعدو أن يكون تطبيقاً خاصاً لما يخل بالشرف. بمعنى أن مفهوم الشرف يستغرق ويتسع لمفهوم الأمانة دون أن يضيف إليه هذا الأخير جديداً.

وبالتالي فالرأى الذي نراه هو الاكتفاء بضابط "الشرف" والاستغناء به عن ضابط الأمانة (٢٨٨).

على العكس فإن "الأداب العامة" كضابط اضافي يتسع لمعنى لا يستوعبه ضابط الشرف لاستقلال المفهومين، وهو ما استند إليه لرفض الاقتراح بحذف ضابط "الأداب العامة" من النص (٢٨٩).

- إزاء ذلك يكون مفيداً أن نعرض لتحديد مفهوم "جريمة الشرف" كضابط للخطأ التأديبي.

- في غياب التحديد التشريعي لجرائم الشرف (٢٩٠)، فإن معظم القضاء والفقه يتبنى في تحديد جريمة الشرف معيار موضوعي "مرن" ونسبي فيه يستشرف قاضي الموضوع القيم المستقرة المتعلقة بالاعتبار والسمعة والقاموس الأدبي من خلال ضمير الجماعة في بيئة معينة وزمان معين.

(٢٨٧) أرجع المستشار البنداري - المرجع السابق ص ٢٧٨، د. محمود جمال الدين زكي - قانون العمل للكويتي - ص ٢٨١.

(٢٨٨) أنظر في اكتفاء التشريع العراقي بضابط الشرف في تحديد هذه الجرائم م ٢٤/ط "إذا حكم على العامل نهائياً بجنحة أو جنابة مخلة بالشرف".

(٢٨٩) أنظر مضبطة الجلسة السبعين مشار إليه في د. علي عوض حسن - شرح قانون العمل - ١٩٨٢ ص ٣٤٦.

(٢٩٠) في بعض الأحيان يحرص المشرع على أن يقرر أن جريمة معينة تعتبر من جرائم الشرف، مثال ذلك م ١/١٨١ من القانون ١٩٨١/٥٧ بشأن ضرائب الدخل في خصوص اعتبار جريمة التهرب الضريبي من جرائم الشرف.

ولقد تعرضت المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري والجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة لتحديد معيار جريمة الشرف^(٢٩١). فورد في الفتوى الصادرة من الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة في ٢٠/٣/١٩٦٨^(٢٩٢) "أن القانون لم يحدد ما يستلزم من الجرائم خلا بالشرف أو الأمانة. ولعل المشرع فعل ذلك حتى يكون هناك مجال للتقدير، وأن تكون النظرة إليها من المرونة بحيث تساهل تطورات المجتمع، فالجريمة المخلة بالشرف أو الأمانة هي تلك التي ينظر إليها المجتمع على أنها كذلك، وينظر إلى مرتكبها بحين الإزدراء والاحتقار، إذ يستلزم ضعيف الخلق، منحرف الطبع، دنى النفس، ساقط المروءة".

واقضت محكمة القضاء الإداري بدائرة استئنافية^(٢٩٣) "الشرف والأمانة ليس لهما مقياس ثابت محدد، بل هما صفتان متلازمتان، لمجموعة المبادئ

(٢٩١) د. خليفة البيومي - المرجع السابق - ص ٢٤٨، د. دنيا المباركة - المرجع السابق - ص ٢٠٥، د. البربري - المرجع السابق - ص ٤١، أحمد شوقي المليجي ص ٢٤٧، ٤٧٨، ٣٨٢، د. محمد عبد القادر الحاج - قانون العمل اليمني - ص ١٦٩، د. محمد حلمي - نظام العاملين المدنيين بالجهاز الإداري وبالقطاع العام - دار الفكر العربي ط ١٩٧٤ ص ٦٣، د. مصطفى أبو زيد - القانون الإداري - ط ٣ - ١٩٩٠ ص ٢٩٦، المستشار عبد الوهاب البنداري - العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكدرات الخاصة - دار الفكر العربي - ص ٢٥٥، أنظر ما ورد في تقرير اللجنة التشريعية والدستورية لمجلس الشعب بمناسبة ما عرف بـ "بنوب المخدرات": "لقد الثقة والاعتبار يجب أن يستند لواقعة تمثل اخلاصا بالقيم الأخلاقية أو الاجتماعية أو الدينية أو ما تثير الفتنة أو تهدد المصلحة العامة". جريدة الأهرام في عددها الصادر في ٩١/٩/٩١.

(٢٩٢) ص ٢٢ من ٧.

(٢٩٣) بـ ٢٧/١٢/١٩٧١ في القضية رقم ٥٧٠ لسنة ق مشار إليه في د. محمد مختار محمد عثمان - الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة العامة - ط ١ - ١٩٧٣ - ص ٢٩٣ دار الفكر العربي.

السامية والمثل العليا التي تواضع الناس على اجلالها واعزازها، في ضوء ما تقرضه قواعد الدين ومبادئ الأخلاق والقانون السائد في المجتمع، فهذه القواعد والمبادئ تتداخل جميعا، وتتألف كلها، لينشأ من مجموعها المفهوم العام لمعنى الشرف والأمانة في المجتمع، ويتكون على أساسه ميزان اجتماعي يزن الحسن والقيح ويميز بين الخير والشر ويفوق بين الفضيلة والرياسة.

وهذا المفهوم لا يخضع لمعيار ذاتي يرجع فيه إلى كل شخص على حدة ويتغير بتقديره الذاتي، بل هو مفهوم اجتماعي لما تواضع عليه الناس في مجتمع معين، وهو لذلك يتبع المجتمع في تطوره، ويختلف مدلوله باختلاف الزمان والمكان، وتبعاً لاختلاف العادات والتقاليد والمعتقدات والمبادئ المستمدة من قواعد الدين والقانون. فما قد يعتبر ماساً بالشرف والأمانة في مجتمع معين، قد لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر، أو في زمان مختلف، كل ذلك تبعاً لتطور الأفكار الاجتماعية، ومدى التزام السلوك الاجتماعي بقواعد الدين والأخلاق السائدة في العصر. وكلما اقترب القانون من الدين كلما ارتفع المعيار الخلقى وأرتفع السلوك في المجتمع، وعلى كل فإنه ينبغي ملاحظة مدى التقارب أو التباعد بين الدين والقانون في هذا المجال.

ومن التطبيقات القضائية للمعيار الموضوعي فيما يعتبر من جرائم الشرف: السرقة^(٢٩٤) والنصب^(٢٩٥) وانتحال صفة ضابط والاستيلاء على

(٢٩٤) ١٩٥٠/٣/٢٨ محكمة قضاء اداري، ص ٤ من ٤٩٦.

(٢٩٥) قضاء اداري ١٩٥٤/٢/٢١ من ٨ ص ٧٤٦.

مبالغ من بعض الأفراد والشروع في سرقة (٢٩٦) وإخفاء أشياء مسروقة (٢٩٧)
وغش المواد الغذائية (٢٩٨) وغش الموازين (٢٩٩) وخيانة الأمانة والامتناع
في تزوير محرر رسمي (٣٠٠) وفتح محل للعب القمار (٣٠١) وشهادة الزور
وجريمة الهروب من الخدمة العسكرية (٣٠٢) وجرائم العرض (٣٠٣).

على العكس لم يعتبر من جرائم الشرف: الجرائم السياسية (٣٠٤) وجرائم
الرأى (٣٠٥) واحراز سلاح بدون ترخيص (٣٠٦) والسب (٣٠٧) والضرب (٣٠٨)
وجريمة الغياب والهروب من تحت التحفظ القانوني (٣٠٩) والتخلف عن أداء
الخدمة العسكرية (٣١٠) والجريمة المنصوص عليها في م ٩٨ ع وشراء نقد

- (٢٩٦) فتوى القسم الاستشاري لمجلس الدولة ١٩٥٦/٩/١ من ١٠ من ٢٥٦.
(٢٩٧) فتوى رقم ٢٥٨٢ في ١٠/٣/٦٩ سجل ٦٩/٢٠٧.
(٢٩٨) فتوى ١١٩ في ١٥/٢/١٩٦٥.
(٢٩٩) ف ٥٩٨٨ في ١٩/٩/٦٥ ملف ٦٤٧/٤/٦.
(٣٠٠) قضاء إدري ١٩٥٤/١٢/٩ من ٩ من ١١٨.
(٣٠١) ف ٣١٥٠ في ٢٤/٤/٦٧ ملف ٢٧٥/٤/٩.
(٣٠٢) ف رقم ٤ في ١/١/٧٣ جلسة ٧٣/١٢/٤.
(٣٠٣) الاغتصاب - الزنا - الدعارة - القوادة - الفعل الفاضح العلني - خدش حياة
أثني بالطريق العام - التحريض على الفجور - افساد الأخلاق.
(٣٠٤) ج. في ١٤/١٠/٦٧ من ٢٢ من ٤ ب.
(٣٠٥) ق.أ ٣٤٤ لسنة ٥ في ١٨/١٢/٥١ من ٦ من ١٨٠ ب ٦٤.
(٣٠٦) ف ٣٥٤٧ في ٢٣/٦/٦٥ ملف ٤٠١/١/١.
(٣٠٧) ف ٥٦/٤/٨ من ١٠ من ٣٥٥.
(٣٠٨) ف ٧٨٩٩ في ٤/١٢/٦٧ ملف ٣٣٢/٤/٩.
(٣٠٩) ف في ١/١/٧٣ جلسة ٧٣/١٢/٤.
(٣١٠) ف بجلصة ٧٤/٢/٣ - نقض في الطعن ١٦٣٦ لسنة ٩ ق بجلصة ٩٣/٤/٢٩ -

غير منشور لما كانت م ١٥٤ من القانون ١٩٦٦/٢٥ بإصدار قانون الأحكام
العسكرية تقرر عقوبة الاعدام لجريمة الهروب أو الشروع في الهرب من
خدمة القوات المسلحة وقت خدمة الميدان بينما تقرر عقوبة الحبس في حالة
ارتكابها في غير خدمة الميدان. ولما كان القانون ٢٤/١١/٦٦ أنيط في م ٩٧ منه
بوزير الحربية إصدار قرار بتحديد الجرائم المخلة بالشرف، وكان وزير الحربية
قد أصدر القرار رقم ٥٣٧ لسنة ٦٨ المعمول به في تاريخ نشره في ١٥/١/٦٩

أجنبي محظور التعامل فيه وتغيير الحقيقة في سن أحد الزوجين في عقد الزواج وجريمة تبديد الأموال المحجوزة حيث اعتبرت جريمة شرف في ذاتها^(٣١١) ومع ذلك لم تعتبر من جرائم الشرف إذا بددت بمعرفة مالكيها المعين حارسا لها ما لم يكن عائدا^(٣١٢).

وكذلك لم تعتبر من جرائم الشرف جريمة تبديد المنقولات المملوكة لزوجته المبدد بالنظر لأن ظروف ارتكابها يجعلها قائمة على الكيد وليس على خيانة الأمانة^(٣١٣).

- ومع ذلك فلقد عمد اتجاه قضائي إلى الجمع بين المعيار الموضوعي العام الذي يأخذ في اعتباره القيم الاجتماعية والأخلاقية السائدة وبين الاعتبارات الشخصية المستمدة من طبيعة الوظيفة ونوع العمل الذي يؤديه العامل المحكوم عليه، ونوع الجريمة، والظروف التي ارتكبت فيها، والأفعال المكونة لها، ومدى كشفها عن التآثر بالشهوات والنزوات، وسوء السيرة وتأثيرها على العمل^(٣١٤). وفي هذا الاتجاه صدرت فتوى من إدارة

مقرر في م ١ منه أنه يعد مرتكبا لجريمة مخلة بالشرف كل من كان فاصلا أصليا أو شريكا أو شارعا في إحدى الجرائم الآتية ... رابعا قانون الأحكام العسكرية الصادرة بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٦٦ (م ١٥٤) في خدمة الميدان إذا صدر الحكم بعقوبة جنائية فإن مؤدى ذلك أن الهروب من خدمة القوات المسلحة لا يعد جريمة مخلة بالشرف إلا إذا ارتكبت وقت خدمة الميدان وصبر الحكم بعقوبة جنائية.

(٣١١) ق.أ. في ٧/١٧٣٧ ق. في ١٠/١٩٥٥ م ٩ ص ٢٣٤.

(٣١٢) ف.أ. إداري الجهاز المركزي للتنظيم والإدارة رقم ١٩٤٨ في ٢٠/١١/٦٤ ملف ٥/٤/٩، ق.أ. رقم ٦/٢٨٥٠ في ١٥/١٢/٥٣ م ٨ ص ٢٤٩.

(٣١٣) ف.ج. في ١٥/٤/٦٤ م ١٨ ص ٢٨٢.

(٣١٤) إدارية عليا ٢٢/١/٧٢ مجموعة المبادئ ص ٩٠٢ مشار إليه في د. سليمان

الطماوي - المرجع السابق - ص ٢٥٣.

الجهاز المركزي للتتظيم والادارة (٣١٠) بأن "جريمة التصول لا تكون مخلة بالشرف إذا كانت صادرة من عامل لا يشغل وظيفة رئاسية وأن السيد يشغل وظيفة خفير باليومية وهي ليست من الوظائف الرئيسية التي تحتم نفاء صفحة العامل من كل جرم ومن ثم لا تعتبر جريمة التصول التي أتاهها ماسة بالشرف موجبة للفصل وإنما يترك أمر مجازاته اداريا عن ذلك لتقدير الجهة الادارية".

إلى ذلك ذهب القضاء الفرنسي (٣١١) فقضى بأنه:

"Les fonctions de l'intéressé conduisaient à se montrer exigeant pour son honnêteté ou son honorabilité... le vol

(٣١٥) رقم ١٣٧٩ في ٦٢/٢/٢٢ مشار إليها في د. مختار عثمان - المرجع السابق - ص ٢٩٨. كما ألفت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة في ٦٨/٢/٢٠ س ٢٢ ص ٧٧ حيث قررت أنه لا يمكن تطبيق معيار جامد ينطبق في جميع الحالات لتحديد جريمة الشرف وانتهت بناء على ذلك إلى أن الحكم الصادر على اثنين من صغار العاملين باحراز المخدرات بقصد الاستعمال الشخصي لا يمس الشرف أو الاعتبار. وفي التأكيد على تخفيف الاعتبار الموضوعي بالاعتبار الشخصي إذا تمت الجريمة بحسب الظروف التي ارتكبت فيها عن ضعف في الخلق أو عن انحراف في الطبع أو تأثر بالشهوات أو النزوات أو سوء السيرة كانت مخلة بالشرف وأن لم يلم عن شيء من ذلك فلا تعتبر مخلة بالشرف بصرف النظر عن التسمية المقررة لها في القانون. نتيجة ادخال الاعتبار الشخصي في التكليف اختلف في تكييف جريمة اصدار شيك بدون رصيد. فاعتبارها المحكمة الادارية العليا في ٦٦/١١/٥ س ١٢ ص ٦٢ جريمة شرف لاعتمادها على الكذب شأن جريمة النصب وبالتالي تنبئ عن انحراف في الطبع وضعة في النفس. على العكس قضى في ٦٨/٢/٢٠ س ٢٢ ص ٧٧ أن العبرة في تكييف جريمة الشرف بالظروف التي ارتكبت فيها فإذا هي كشفت عن ضعف في الخلق وانحراف في الطبع وسوء السيرة كانت مخلة بالشرف وإن لم تتم عن ذلك فهي بحسب ظروف ارتكابها لا تكشف عن الرغبة في أكل أموال الناس بالباطل خاصة إن لم يكن لها أثر على عمله الوظيفي حيث تمثلت الجريمة - في الواقعة - في اصدار شيك لدفع خلو الرجل عن شقة.

d'un tableau dans une musée par un cadre de haut niveau ayant environ 4,200 personnes sous ses ordres est considérée comme faute grave".

كما قضى بأنه (٢١٧)

"Compte tenu de la nature des ses fonctions le vol commis dans un supermarché par une éducatrice dans un C.A.T. Constituait une faute grave".

ولقد انتقد جانب من الفقه (٢١٨) هذا المعيار الشخصى فى تحديد جرائم الشرف على أساس أنه يشيع الاضطراب فى تحديد معنى الشرف، خاصة وأن معيار التقدير لا بد أن يظل مرتبطاً بالجريمة ذاتها وطبيعتها وليس بظروف ارتكابها.

من جانبنا، نؤيد تطعيم الاتجاه الموضوعى بالاعتبار الشخصى المستند من الوضع الوظيفى للعامل ومقتضياته وهدف المشروع صعودا وهبوطا. وذلك إستنادا للطبيعة الغائية للسلطة التأديبية والتزاما بمفهوم الخطأ التأديبى.

فالسلطة التأديبية تتحدد ممارستها بالدفاع عن كل ما يخل بسمعة المشروع وكل ما يعطل حسن سير العمل به (٢١٩). وبالتالي يخرج عن

(٢١٧) C.E. 7 dec. 1990 D. 91 I R.5.
(٢١٨) د. سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص ٢٥٨ د. مختار عثمان - المرجع السابق - ص ٣٠٢.

(٢١٩) وفقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق، يكون استعمال الحق غير مشروع إذا إنحرف به صاحبه عن غرضه الاجتماعى الذى قصد إليه الشارع وبوجه خاص

غرضها أن يواخذ العامل عن فعل - ولو كان جريمة - لا يعتبر إثباته مخلا بكرامة الوظيفة التي يتولاها أو مسيئا لسمعة المشروع الذي ينتسب إليه.

كذلك فإن مقتضى ارتباط فكرة الخطأ التأديبي بأثر الفعل على حسن سير العمل أن يقتيد إثباته لفعل ما بما يخلفه من أثر من الناحية الواقعية - ولو كان جريمة - في خصوص المشروع الذي ينتسب إليه في كل حالة على حدة. بما يقتضى أن يقدر كل فعل بحسب الموقع الوظيفي لكل عامل وما يفرضه من متطلبات صعودا عن المستوى العام للشرف الذي يملأه الاعتبار الموضوعي أو هبوطا عنه.

- أما عن نطاق الضابط التشريعي المتخذ أساسا للقرينة التشريعية على الخطأ التأديبي كمبرر جدى للفصل من حيث السياسة التشريعية.

- فإتينا نقره في حالة الجنع الواقعة خارج دائرة العمل في حالة كونها مخلة بالشرف أو الآداب العامة.

وبالتالى نستبعد ضابط الأمانة لاستغنائنا عنه بضابط الشرف الذى يستوعبه.

ونفضل تنظيم قانون العمل فى هذا الخصوص على ما قدمنا على النص الوارد فى قانون العاملين المدنيين بالدولة والعاملين بشركات قطاع الأعمال العام الذى يستلزم أن يكون الحكم بالادانة صادرا بعقوبة مقيدة بالحرية فى الجنحة المخلة بالشرف.

= إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة وتكون كذلك حيث تباشر فى غير ما يقتضيه المحافظة على حسن سير العمل بالمشروع وسمعته.

على أن يكون مفهوماً أن تحديد المقصود بالشرف يتم في ضوء المعيار الموضوعي، في غير معزل عن المعيار الشخصي مستقداً من المتطلبات الوظيفية لوظيفة العامل وهدف المشروع على ما أشرنا من قبل^(٢٢٠).

- بجانب هذه الحالة، نقترح أن يضم إلى نطاق القرينة التشريعية على الخطأ التأديبي حالة جنحة الإعتداء^(٢٢١) - المادى أو المعنوى - تجاه صاحب العمل أو نائبه أو المدير المسئول ولو لم يكن هذا الاعتداء بسبب العمل لاستحالة التعامل معه عندئذ وكذلك حيث^(٢٢٢) يقع الاعتداء على أحد رؤسائه بسبب العمل وهى مما لا شك فيه الحالة الغالبة التى قصد اليها نص م ٩/٦١ عمل^(٢٢٣).

(٢٢٠) Cass. Ch. Civ. 19 avril 63 D. 63 P. 501 "le salarié, poursuivi pour outrage public à la pudeur, craint un risque sérieux de trouble par sa présence parmi le personnel"; V. Cass. 20 nov. 91 Dr. soc. 92 P. 79; loss. 11 mars 64 J.C.P. 64 No 13678.

(٢٢١) أنظر فى الاعتداء المادى م ٢٤٠ - ٢٤١ - ٢٤٢ - ٢٤٣ - م ٩/٢٧٧ ج. أنظر فى الاعتداء المعنوى م ٣٠٢ ج - ٣٠٦ (١) - ٣٠٨ (١) ع. (٢٢٢) يكون الاعتداء بسبب العمل إذا ارتكز على الحياة المهنية بسببه وإن بعد عنها فى مكان ارتكابه. كما إذا حصل الاعتداء بسبب جزاء تأديبى لوقعه رئيس العمل على العامل. أنظر فى هذا المعنى. حسام الأهوالى ص ٤٠٢.

- عكس ذلك د. محمد لبيب شنب الذى يرى أن الاعتداء الواقع فى غير ساعات العمل ولو كان بسبب العمل يخرج عن حدود م ٩/٦١. فى رأينا أن م ٩/٦١ بالنسبة لصاحب العمل والمدير المسئول تغطى حالة الاعتداء عليه - أيا كان وصفه أو درجته - وأيا كان مكانه أو زمانه بل وأيا كان سببه؛ على العكس فإنها فى خصوص رئيس العمل تقتضى أن يكون الاعتداء جسيمياً - وإن لم تشترط أن يكون جريمة - وأن يكون أثناء العمل أو بسببه ولو خارج مكان وزمان العمل.

(٢٢٣) مع ذلك يظل لهذا النص فائدته وأهميته فى الحالة التى لا يمثل فيها الإعتداء جريمة، من قبيل ذلك إيلاخ الشرطة بشكاوى كيدية ضد صاحب العمل من وقت لآخر. - بغير جرمائه من حق الطليعى فى الشكوى - بحيث يكون الغرض

بحيث تقوم في هاتين الحالتين قرينة تشريعية قاطعة على الخطأ التأديبي كمبرر جدى للفصل، على أن يسمح لرب العمل بإثبات الخطأ الجسيم تحت رقابة القضاء - لتأييدنا لفكرة تدرج الخطأ التأديبي.

أما فيما عدا ذلك من جنح مرتكبة خارج دائرة العمل، فينطبق في شأنها القواعد العامة في إثبات الخطأ التأديبي ودرجته على عاتق من يحتج به، بمعنى أن على صاحب العمل أن يستظهر من جريمة العامل أثرها السلبي على حسن سير العمل بالمشروع ومصلحه بالنظر لمتطلبات وظيفته ومركزه الوظيفي^(٢٢٤) تمثيا مع مفهوم الخطأ التأديبي دون أن يقف

= منها الاستدعاء المتكرر لصاحب العمل والإساءة إليه والخط من هيئته. إذ يعتبر هذا عن إساءة لاستعمال الحق في الشكوى مدفوعا بقصد الاضرار بالغير، خاصة إذا تضمنت الشكوى وقائع كاذبة أو مزورة. لذلك اعتبر من قبيل الاعتداء المبرر للفصل تقديم شكوى ضد صاحب العمل يتهمه فيها بصلته القوية - باليهود وعطفه عليهم وكرامته للنظام القائم واتهام صاحب العمل بالتهريب وتقديم شكوى كيدية تتضمن وقائع غير صحيحة واتهام صاحب العمل بالخيانة ومخالفة القوانين الاشتراكية وثبوت كذب الشكوى. وكذلك إحداث العامل إصابة بنفسه واتهام مدير المنشأة بأنه هو الذى أحدث به هذه الإصابة ثم حفظ التحقيق لكذب البلاغ. انظر أيضا صورة السخرية والتهكم من إدارة صاحب العمل مما لا يدخل تحت طائلة م ٣٠٦ أ.ع. كما لو قال: "كم هي جميلة إدراكك للمشروع".

- انظر في ذلك د. حمام الأهواى ص ٤٤٠٣ د. عبد الودود يحيى ص ٣٢٨ - ٣٢٩ د. على عوض حسن ص ٢٥٠ - ٣٥٢ د. محمد ليوب شنب - قاتون العمل اللبناني - ص ٢١٧ د. أحمد خليفة البيومي - رسالته - ص ٣٤٧.

(٢٢٤) يبدو الأكثر النسبي لتأثير متطلبات الوظيفة وهدف المشروع المنتسب إليه العامل في الجرائم الآتية التي اعتبرت في شأن العامل بالنظر لظروفه الوظيفية خطأ تأديبي بينما لم تكن لتعتبر كذلك بالنسبة لغيره أو في الأقل لم تكن لتعتبر على ذات الدرجة من جسامة الخطأ التأديبي ظروف أخرى. (انظر معرفة للقانون الفرنسي لتدرج الخطأ التأديبي وما يقابله من جزاءات تأديبية مناسبة وحرمان العامل من بعض المزايا بحسب درجة جسامة الخطأ التأديبي المنسوب له. فبينما الخطأ التأديبي البسيط لا يسمح بالفصل المشروع فإنه يسمح بما دون ذلك من جزاءات - فإن الخطأ التأديبي الجدى يسمح بالفصل المشروع مع الحق في مهلة

بينه وبين ذلك كون الجنحة المنسوبة للعامل واقعة خارج دائرة العمل لما بيناه آنفاً من عدم وجود عازل سميك بين الحياة الخاصة للعامل وحياته المهنية (٢٢٥).

الاضطرار - بينما الخطأ التأديبي الجسيم *faute grave* يحرم العامل من حقه في مهلة الاضطرار وتعويض الحد الأدنى عن القصل انظر 9, 8, 122 - L, بل يعرف القانون الفرنسي أيضاً الخطأ القادح *Lourde* (1 - 521 L). حيث اعتبرت الجنحة المرتكبة بالمخالفة لقانون الصيد بمثابة خطأ تأديبي يعرقل حسن سير العمل بالنسبة لحارس الصيد.

V. Michel Despax op.cit No 26.

كذلك اعتبرت ذات تأثير على حسن سير العمل جنحة القيادة في حالة سكر لمن كانت وظيفته في المشروع الذي ينتسب إليه سابقاً.

V./ François Gaudu op.cit., P. 36.

كذلك اعتبر متعارضاً مع حسن سير العمل العود في جريمة ضرب وتشاجر الصابر به من عامل وظيفته في المشروع الذي ينتسب إليه رئيس خدمات جراج.

V. Michel Roger op.cit P. 179; soc. 15. Nov. 78 cah. prud'h. 79 no 4 P. 61; note B.R. Sous cass. 28 act. 71 D. 72 J. 58; Soc. 9 Oct. 1980 somm. J. Pelissier D. 81 I.R. P. 267 "le fait d'invectiver les passants et de tirer des coups de feu avec sa carabine a l'arrivée de la police ne peut être considéré comme dépourvue de cause réelle et sérieuse, sans répondre aux conclusions de l'employeur soutenant que les événements invoqués relevaient un comportement dangereux, incompatible avec l'activité de chauffeur demenageur qui implique des contacts fréquents avec la clients".

بل إن القضاء الفرنسي يعتبر في بعض الأحيان الجنحة المرتكبة خارج دائرة العمل تتجاوز مستوى الخطأ التأديبي الجدي إلى مستوى الخطأ الجسيم بالنظر لمقتضيات وظيفة العامل والمسؤوليات الملقاة على عاتقه:

Cass 20 Oct. 76 D.O. 77 P. 56; Cass. Soc. 5 Fiv 69 D.O. 69 P. 187; cass. soc. 23 mars 77; B.A.C. 77 V 170; Lamy soc. ed - 84 - P. 845 No. 2083 (b):

اعتداء العامل على زملائه خارج وقت العمل في السكن العمالي بسبب العمل. وكذلك إعتداء العامل على زميل له خارج زمان ومكان العمل لأنه لم يشترك في الاضراب اعتبر خطأ جدياً بالنظر لعواقبه المخلة بحسن سير العمل.

Cass. 8 juill 81 D. O. 82 P. 173; Cass. 26 mai 81 D.O. 82 P. 172.

(٢٢٥) وطبيعي أننا ننصفاد كثير من الجنح الواقعة خارج دائرة العمل والتي لا يؤدي ارتكابها إلى الاخلال بحسن سير العمل شأن جنحة عدم الإبلاغ عن ميلاد طفل أو البناء خارج خط التنظيم أو اشغال طريق أو عدم استخراج بطاقة شخصية أو عائلية.

لكن هل من حسن السياسة التشريعية تعديل النص حتى يتسع للمخالفات المرتكبة خارج دائرة العمل؟
 ذهب جانب من الفقه^(٣٦١) إلى أن المخالفات بطبيعتها ويحكم بساطة العقوبات المقررة لها قليلة الخطر والضرر ويفترض فيها عدم الإخلال بالشرف.

من جانبنا: لا نوافق على الرأي السابق - وعدم موافقتنا مؤسسة على ما يلي:

- أن المقام هو الاستدلال على الخطأ التأديبي من الجريمة التي ارتكبها العامل بغض النظر عن جسامة العقوبة المقررة لها وبغض النظر عن كونها في ذاتها قليلة الخطر أو الضرر، لأن العبرة هي في أثر ارتكابها على حسن سير العمل وتعارض اقترافها مع متطلبات الوظيفة وهو ما لا علاقة له بالعقوبة المقررة لها. ذلك أن الهدف ليس النظر فيما إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة تحول بين العامل وأداء عمله لكن - كما أوضحنا - النظر في أثرها على عمله وهو ما عبرنا عنه بالجريمة المخلة بالثقة أي التي يستدل منها على الخطأ التأديبي.

ولا يقال من ناحية أخرى: أنه يفترض فيها عدم الإخلال بالشرف. من ناحية لأن عملية التجريم هي عمل تشريعي لا يقع تحت حصر. وإذا كانت المخالفات المقررة للأن في التنظيم القانوني المصري ينبئ تتبعها على

(٣٦١) المستشار عبد الوهاب البنداري - المرجع السابق - ص ٢٨١.

أنها غير مخلة بالشرف أو الآداب العامة، فإنه لا يجوز التنبئ بذلك فيما سوف يجد من مخالفات.

من ناحية أخرى فإن تقدير ما إذا كانت جريمة ما - بغض النظر عن درجتها - تعتبر جريمة شرف، لا يقوم على الافتراض وإنما يقوم على تحليل كل حالة على حدة بالنظر للاعتبار الموضوعي العام والاعتبار الشخصي المستفاد من وظيفة العامل.

لذلك نرى مناسباً أن يصاغ النص بحيث يشمل كل جريمة مخلة بالشرف أو الآداب العامة بما يشمل الجنائية، الجنحة والمخالفة سواء وقعت خارج أو داخل دائرة العمل.

٣٠ على أن يكون مفهوماً أن قيمة هذا التعديل تكمن فقط في افتراض الخطأ التأديبي دون حاجة لإثبات من جانب صاحب العمل^(٢٢٧).

لكن حتى في غياب هذا التعديل وفي ظل النص القائم - يستطيع صاحب العمل - استناداً لعدم انحصار الخطأ التأديبي في صور محددة - أن يستند للمخالفة الواقعة من العامل خارج دائرة العمل توصلاً لفصله لكن مع تحميله عبء إثبات الخطأ التأديبي أي إستظهار إخلال حسن العمل من جراء ارتكاب هذه المخالفة وتعارض ارتكابها مع متطلبات الوظيفة دون أن يحصر نفسه بالضرورة في إثبات أنها مخلة بالشرف أو الآداب

العامة بل لمجرد تعارضها مع متطلبات الوظيفة وتأثيرها السلبى على حسن سير العمل ولو لم تكن مخلة بالشرف.

هذه المرونة للخطأ التأديبى كما تصدق على الأفعال التى ليست لها وصف الجريمة^(٣٢٨) تصدق على الأفعال التى لها وصف الجريمة^(٣٢٩) وإن خرجت عن الضوابط التى أسس عليها المشرع قرينة الخطأ التأديبى. لأن تخلف هذه الضوابط إذا كان ينفى تحقق الخطأ - فإنه لا ينفى الخطأ نفسه الذى يظل صاحب العمل فى إثباته خاضعا فيما يقدمه من أدلة واستظهار لتقدير المحكمة.

٢ - الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل

- صياغة نص م ٧/٦١ عمل^(٣٣٠) فى شأن الجنحة وقد ورد مطلقا يفيد أن القرينة التشريعية على الخطأ التأديبى لا تقوم إلا حيث تكون الجنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة، تستوى فى ذلك الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل وتلك الواقعة خارجه. إلا أنه باعتبار أن النصوص يفسر بعضها بعضا فإنه حيث ورد نص م ٦٧ عمل مقرر أنه

(٣٢٨) من قبيل ذلك أن تتجب المشرفة الاجتماعية من مشروع تنظيم الأسرة بعد التحاقها بالعمل عدد كبير من الأولاد يزيد عما يدعوا اليه مشروع الأسرة الذى تعمل به وتدعو لاهدافه (فى الواقعة العملية أنجبت المشرفة سبع من الأولاد).

(٣٢٩) شأن ما ورد من م ٦/٣٧٧ ع "من أطلق فى داخل المدن أو القرى سلاحا ناريا أو ألهب فيها أصيرة نارية أو مولا أخرى مفرقة حيث تقع المخالفة من حارس أمن تقتضى وظيفته حمل سلاح لحفظ الأمن داخل المشروع.

(٣٢٩) م ٧/٦١ عمل إذا حكم على العامل نهائيا فى جنابة أو جنحة ماسة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة.

"إذا نسب إلى العامل ارتكاب جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة أو أى جنحة دائرة العمل جاز لصاحب العمل". فإن من شأن هذا النص أن يضيف ملمحا تكميليا لما دلت عليه م ٦١ عمل بغير أن يعارضه. وبالتالي يكون ما جاء فى م ٦٧ عمل بمثابة الأصل العام فى شأن الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل ومقتضاه قيام القرينة التشريعية على الخطأ التأديبى فى جميع أحوالها، ولو لم تكن مخلة بالشرف طالما تحقق مناط هذه القرينة المتمثل فى ارتكابها داخل دائرة العمل، سواء كانت هذه الجريمة متصلة بالعمل اتصالا سببيا (٣٣٠) - شأن اعتداء العامل على رئيسه بسبب توقيعه جزاء تأديبى عليه سواء كانت منبئة الصلة بالعمل - شأن اعتداء العامل على زميله داخل دائرة العمل بسبب شحناء لا صلة لها بالعمل.

ويكون ما جاء فى م ٧/٦١ عمل بمثابة تطبيق خاص له أى حيث تكون الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل مخلة بالشرف أو الأمانة أو الآداب العامة. وأساس قرينة الخطأ التأديبى فى هذه الحالة هو وقوع الجنحة داخل دائرة العمل، وهو ما يتعين على صاحب العمل إثباته لتقوم القرينة التشريعية (٣٣١).

(٣٣٠) فى نفس المعنى أنظر د. محمد لييب شلب ص ٢٣٦، أحمد شوقي الملوحي ص ٢٦٢، أنظر عكس ذلك د. حسام الأهواني ص ٢٤٩ 'صدور حكم بالإدانة فى حالة ارتكاب جنحة داخل دائرة العمل لا يحرم القضاء تقدير مدى تعسف الفصل بعكس حالة ارتكاب جنائية أو جنحة مسببة بالشرف لأن م ٦١ عمل تبيح الفصل فى هذه الحالة'.

(٣٣١) علما بأن تضمن الحكم الجنائى بالادانة الإشارة الى مكان وقوع الجريمة لا يحوز الحجية أمام القاضى المدنى فى خصوص دعوى مشروعية الفصل، لأن القاعدة أنه لا يحوز الحجية إلا ما فصلت فيه لمحكمة الجنائية وكان لازما وضروريا للفصل فى التهمة المعروضة عليها. وواضح أن مكان وقوع الجريمة ليس ركنا

من جانبنا نعتبر أن الجريمة تعتبر واقعة داخل دائرة العمل^(٣٣٢) في حالة وقوعها في مكان العمل سواء اتصلت به اتصالاً سببياً أو لم تتصل على ما بينا من قبل. والمقصود بمكان العمل، المكان المخصص لتنفيذ العمل المكلف به العامل سواء تم ذلك في إطار المشروع أو خارجه إذا اقتضت طبيعته أن يؤديه خارجه أو لدى العملاء. كما هو الحال في خصوص مندوبي التوزيع والتسويق والتأمين والمصور الخارجي وأعمال الخدمات^(٣٣٣) والصيانة والأشغال العامة.

يستوى عندئذ أن تقع الجنحة أثناء مواعيد العمل الرسمية أو الإضافية أو حتى خارج هذه المواعيد طالما وقعت في مكان العمل بالمفهوم السابق^(٣٣٤) على اعتبار أن استمرار تواجد العامل - خارج وقت العمل - في مكان العمل يخضعه للسلطة التنظيمية الإشرافية لرب العمل

= في الجريمة وبالتالي لنذكره في الحكم الجنائي لا يحوز الحجية ويتم إثباته وفقاً للقواعد العامة في الإثبات.

أنظر م ١٠٢ اثبات لا يرتبط القاضي المدلى بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً.

- لنظر الطعن ٥٣٦ سنة ٤١ ق جلسة ٧٥/٦/٢٥ ص ٢٦ من ١٢٨٧ مشار إليه في معوض عبد التواب - قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بأحكام النقض من ٣١ - ٨٧ - منشأة المعارف ط ١٩٨٧ ص ١٠٨٨ - الطعن ٤١٦ سنة ٣٩ ق جلسة ٧٥/٦/١٤ ص ٢٦ من ١٢١٢ مشار إليه في نفس المرجع السابق ص ١٠٨٩.

^(٣٣٢) من القلة النادرة التي تعرضت لتحديد المقصود بدائرة العمل د. فتحى عبد الصبور ص ٦٦٣ حيث يقرر أن الجنحة تعتبر واقعة داخل دائرة العمل إذا ارتكبت في مكان العمل أو زمانه أو بسبب العمل.

^(٣٣٣) من قبيل ذلك توصيل الخدمات للملازل. أعمال الإصلاح والتركيب. أو أعمال الشحن والتفريغ أو مد الكابلات أو نظافة الشوارع والاعتناء بالحدائق الخاصة وأعمال الديكورات ومثيلها.

V. Michel Despax et J. Pelissier - la gestion du personnel - T. 2 ed.

cujas P. 24.

^(٣٣٤)

كما يفرض على العامل احترام حرمة المكان بما ينبغي له من انضباط وأخلاقيات تناسبه. فطالما ظل في الإطار المكاني للمشروع فانه ينتسب له ويحسب عليه كل ما يصدر منه في هذا المكان على أنه واقع في داخل دائرة العمل لأنه يؤثر على المشروع وسمعته (٢٣٥).

- ونسأل عما إذا كانت ملحقات المشروع بالمعنى الوارد في القانون المدني (٢٣٦) تعتبر داخلية في مفهوم مكان العمل وبالتالي داخلية في الإطار التشريعي "دائرة العمل"؟

شان نادى ومطعم المشروع والسكن العمالي وسيارات المشروع - أثناء توصيل العمال من وإلى المشروع - وكذا الأماكن المتصلة بالعمل وإن لم تكن هي أماكن مباشرته شأن أماكن تغيير الملابس. وأماكن التوقيع بالحضور والإصراف. وكافتيريا المشروع.

في رأينا أن صياغة نص م ٦١، م ٦٧ عمل من حيث الحكمة في المقابلة بين الجرح الواقعة خارج دائرة العمل، والتي لا يستفاد منها قرينة الخطأ التأديبي إلا في حالة الإخلال بالشرف أو الآداب العامة، حماية لحرمة الحياة الخاصة، بإعتبار أن العامل فيها خارج عن تبعية وإشراف

(٢٣٥) ويعبر تعبيراً صادقاً عن حرمة مكان العمل وما تفرضه من قيود على سلوكيات العامل التعبير الدارج بين العمال حيث يريد أحدهم أن يتشاجر أو يتضارب مع زميله "أطلع لي بره". هذا التعبير الدارج الشائع بمثابة العرف في علاقات العمل أو في الأقل العادات الجارية التي تسهم في تحديد مضمون النموذج التشريعي: "دائرة العمل".

(٢٣٦) م ٤٣٢ مدني يُشتمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقتضيه به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين.

رب العمل كما أن سلوكه بحسب الأصل لا يحسب على المشروع وبالتالي فإن محاسبة العامل عنه تكون بدرجة أقل من محاسبته عما يقع داخل المشروع، وبين الجنب الواقعة داخل دائرة العمل وهذه على إطلاقها يستفاد منها الخطأ التأديبي لما ينبغى أن يتوالت من احترام وحرمة لمكان العمل ولما يتأثر به حسن سير العمل وسمعة المشروع من تأثير مباشر بما يرتكب داخل المشروع.

ومن ناحية: التأمل في التعبير التشريعي "دائرة العمل"، يعطينا الانطباع أن المشرع لم يقصد أن يدخل في دائرة العمل كل مكان يخضع لإشراف وتنظيم رب العمل بما يمدّه إلى ملحقات المشروع المكانيّة، وإنما قصد أن تتحدد دائرة العمل بالمكان الذي يخضع لإشراف رب العمل إضافة لاتصاله بالعمل وبالمشروع اتصال وظيفي بحيث يكون له حكم مكان مباشرة العمل الفعلي من حرمة واحترام وأخلاقيات وانضباط ويكون لما يحدث فيه من سلوك ذات الأثر الذي نجده في مكان مباشرة العمل سواء في صورة تعطيل العمل أو إشاعة الفوضى أو ضرب النموذج السيئ لباقي العمال أو الإساءة لسمعة المشروع.

نخلص من كل ذلك إلى تبني مفهوم أضيق لمكان العمل من المعنى الذي يؤدي إليه معنى الملحقات الوارد في القانون المدني. بحيث يكون معيار اعتبار مكان ما داخل دائرة العمل هو بمدى خضوع هذا المكان لإشراف رب العمل من ناحية واتصاله بالعمل في المشروع إتصالاً وظيفياً من ناحية أخرى بحيث يكون سائغاً إخضاع هذا المكان لذات درجة نظام

وانضباط مكان مباشرة العمل الفعلى. شأن أماكن التوقيف وغرف تغيير الملابس وكافتيريا المشروع^(٣٣٦).

على العكس فإنه يخرج من اطار دائرة العمل الأماكن التي تخرج عن اشراف رب العمل أو تلك التي رغم دخولها فى اطار اشراف رب العمل إلا أنها ضعيفة الصلة - من الناحية العضوية أو الوظيفية بالعمل داخل المشروع شأن ما يعتبر من الملحقات وفقا للقانون المدنى، والتي يحاسب العامل عنها على أنها واقعة خارج دائرة العمل والتي ينتظر فيها من العامل درجة انضباط والتزام أقل منه فى اطار دائرة العمل بالمفهوم السابق ذلك شأن المسكن العمالى ونادى ومطعم المشروع وسيارات المشروع وساحات الانتظار^(٣٣٧).

(٣٣٦) وهو ما عبر عنه التعبير الشائع "مكان رزق أو مكان أكل عيش" وهو بهذا المفهوم عرف يحدد الصلة الوظيفية بين المكان وبين العمل وما يتوجب له من احترام وانضباط وأخلاقيات.

(٣٣٧) Cass. Soc. 22 nov. 56 Bull. IV P. 648, no 863 "la cantine de l'entreprise; Cass. Soc. 20 mars 56 Bull. P. 211 nmo 306, "le réfectoire, ... les ouvriers n'avaient pas cessé pour autant, de demeurer sous le contrôle de leur employeur".
انظر أيضا اعتبار مطعم ونادى المشروع والسكن العمالى خارج دائرة العمل دون أن يحول ذلك بينه وبين القضاء الفرنسى فى تحرى الخطأ التأديبى فى حق العامل سواء على مستوى المبرر الجدى أو الخطأ الجسيم بحسب أثره على حسن سير العمل.

حيث تناول العامل بالمسببات والتهديد على رئيسه الادارى وتضارب مع زملائه بعد إذ أسرف فى الشراب، خارج مواعيد العمل وخارج مكانه بالمعنى الدقيق حيث تم فى نادى المشروع Une réunion privée en dehors de service
فماعتبر أنه خطأ تأديبى من درجة المبرر الجدى بالنظر لأن ارتكابه تم من ناحية خارج دائرة العمل ثم فى جو من الاحتفال الذى يسمح فيه ببعض التجاوزات ويراعى فيه انضباط أقل.

انظر 15 mars 72 D. 72 J. 382

Soc. 16 Juill 59 Bull IV no 935; P. 747;
المتطلب فى مطعم المشروع أقل مما هو متطلب فى عنابر العمل، خاصة أن شين

وواضح أن مقتضى إطلاق نص م ٦٧ عمل أن قرينة الخطأ التأديبي تقوم في جميع حالات الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل^(٣٣٨) وهو ما يشمل كل الجنح الواردة في قانون العقوبات وبالتالي يستوعب ما جاء في م ٨/٦١ - ٩ عمل فيما تتضمنه هاتين الفقرتين من صور لجنح داخل دائرة العمل^(٣٣٩)، ويتجاوزها فيما لم تتعرض له طالما ثبت لها وصف الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل شأن الاعتداء الجنائي على زملاء العمل أو العملاء.

هذا الافتراض التشريعي للخطأ التأديبي في هذا المقام ليس اغفالا من المشرع لاستقلالية المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجنائية - الذي أشرنا إليه من قبل - بل يقوم على الغالب من الأمر من أن الجنحة المرتكبة داخل دائرة العمل تخل بحسن سير العمل وتشيع الاضطراب في دولا ب العمل وتعرقله اضافة إلى ما تحمله من اشارة إلى استهتار بما يجب لمكان العمل من حرمة واحترام وانضباط فوق ما يمثلته ارتكابها من اساءة لسمعة

= العمل لم يختل فاعتبر سلوكه مبرر جدى لا يصل لمستوى الخطأ الجسيم. Lanny Soc. 84 - P. 845. في شأن سلوك العمال في المسكن العمالي.

^(٣٣٨) وعلى ما أوضحنا في أهمية توصيف الجريمة المخلة بالثقة، فإنه حيث يتحقق أساس قيام القرينة يفترض الخطأ التأديبي في فعل العامل افتراضا غير قابل لاثبات العكس، بحيث لا يكلف رب العمل من ناحية باستظهار وجه الخطأ التأديبي (اختلال حسن سير العمل) من الجريمة الموصوفة بنفسوبة للعامل. ومن ناحية أخرى لا يقبل من العامل نفى الخطأ التأديبي عن الجريمة الموصوفة علما بأن سلطة القضاء التقديرية تغل في خصوص ما جاء النص التشريعي على التمثيل له كخطأ تأديبي.

^(٣٣٩) مع ذلك تحتفظ هاتين الفقرتين بأهميتهما لمواجهة الحالات غير الجنائية سواء للتواجد أثناء العمل في حالة سكر بين أو متأثرا بما تعاطاه من مادة مخدرة أو من اعتداء على صاحب العمل أو المدير المسئول أو أحد رؤساء العمل.

المشروع وهو ما يسوغ هذا الافتراض. وهو نفس الأساس الذي راعاه المشرع في خصوص افتراض الخطأ التأديبي في حالة الجناية.

تمهيدا لتقييم التنظيم القانوني المصري وما نقترحه على مستوى السياسة التشريعية. نعرض لما ورد في القانون المقارن.

ف نجد أن أقرب التنظيمات لما ورد في القانون المصري هو ما جاء في قانون العمل اللبناني حيث جاءت م ٦/٧٤ على أنه "إذا حكم على الأجير بالحبس سنة فأكثر لارتكابه جناية، أو إذا ارتكب جنحة في محل العمل وأثناء القيام به"^(٣٤٠).

إضافة لما جاء في ٧/٧٤ في شأن الأجير الذي يعتدى على رب العمل أو متولى الإدارة المعنول في محل العمل، سواء كان لهذا الاعتداء وصف الجريمة أو لم يكن.

في المقابل فإن قانون العمل الليبي والعراقي واليمنى والكويتي لا يرتب القرينة على الخطأ التأديبي في حال ارتكاب الجنحة سواء داخل أو خارج دائرة العمل إلا إذا كانت مخرقة بالشرف^(٣٤١) أو إذا أخذت صورة

(٣٤٠) مع ذلك فإن التنظيم الوارد في القانون اللبناني أضيق نطاقا من القانون المصري لأنه لا يعتد بالجنحة إلا إذا تحقق شرطان مجتمعان: ارتكابها في محل العمل وأثناء القيام به بينما القانون المصري يكفي بارتكابها في دخل دائرة العمل ولو لم تكن مرتكبة أثناء القيام بالعمل.

- أنظر د. محمد أبيب شنب - قانون العمل اللبناني سنة ٦٩ ص ٢١٢.
(٣٤١) أنظر نصوص هذه التشريعات التي سبق أن عرضناها في معرض الجرح الواقعة خارج دائرة العمل.

الاعتداء على الفئات المحددة بالنص التشريعى سواء فى داخل دائرة العمل فقط سواء أيا كان مكان الاعتداء^(٣٤٢) بحسب شخص المجنى عليه وهو نفس الخط التنظيمى الذى تبناه قانون العاملين المدنيين بالدولة (م ٧/٩٤) والعاملين بالقطاع العام (م ٧/٩٦) والعاملين بشركات قطاع الأعمال العام (م ٤٥) حيث يستدل على الخطأ المبرر لانتهاء خدمة العامل فى حالة الحكم بعقوبة مقيدة للجرىمة فى جنحة مخلة بالشرف سواء كانت داخل دائرة العمل أو خارجه.

فى المقابل فإن القانون الفرنسى الذى خلى تشريعه من نص بوصف الجرىمة المخلة بالثقة - سواء على مستوى الجناية أو الجنحة - ويفترض الخطأ التأديبى، فلقد عمد قضاءه فى تحرى الخطأ التأديبى وتحديد درجته - فى ظل تبنى التشريع الفرنسى لتدرج الخطأ - لتبنى المعيار المرن وفقا للقواعد العامة فى الإثبات^(٣٤٣).

بما مؤداه ارتباط ثبوت وصف الخطأ التأديبى لفعل العامل - سواء كان له وصف الجرىمة أو لم يكن - بأثره السلبى على حسن سير العمل ومصالح المشروع والثقة فيه مع الأخذ فى الاعتبار بالمركز الوظيفى للعامل ومقتضيات وظيفته، استقلالا عن الجرىمة الجنائية.

^(٣٤٢) أنظر النصوص التشريعية السابق عرضها فى خصوص الجرح الواقعة خارج دائرة العمل.

^(٣٤٣) وهو ما يسير عليه القضاء المصرى فى خارج النصوص التشريعية التى تفترض الخطأ التأديبى بقرينة تشريعية.

أنظر الطعن ٤٠/٥٤٤ ق جلسة ٧٦/٥/٧ فى عصمت الهوارى ج ٢ ص ٩٨ وغيره من الأحكام التى تسير فى نفس الاتجاه.

وبالنظر لأن إثبات وصف الخطأ التأديبي ودرجته يتم تقديره من قاضى الموضوع فى ضوء ظروف ارتكاب كل جريمة ومكانها وظروف مرتكبها وطبيعة وظيفته وهدف المشروع، فإن هذا يفسح المجال لاختلاف القضاء فى تقدير درجة الخطأ التأديبي للموقف الواحد ذو الظروف المتشابهة بين الخطأ البسيط. والمبرر الجدى. أو بين المبرر الجدى والخطأ الجسيم^(٣٤١).

- وتتبع موقف القضاء الفرنسى فى تقديره لدرجة الخطأ التأديبي المستفاد من الجنحة الواقعة داخل دائرة العمل نجده لا يخرج عن حالات ثلاثة:

- أولاً : اعتباره خطأ جسيم - بالمعنى الفنى بما يحرم العامل من المزايا التى كان يستحقها لو أن لخطأه وصف المبرر الجدى Cause Sérieuse^(٣٤٢) من قبيل ذلك ما قضى بأن تفتيش العامل فى أوراق ومستندات المديرية بعد انصرافها يعتبر خطأ جسيم يستحيل معه الإبقاء على العلاقة التعاقدية أثناء مهلة الاخطار^(٣٤٣). كما أعتبر أن ما صدر من

(٣٤٤) Francais Gaudu "Le licenciement pour perte de confiance" Dr. Soc. 92

P. 32 - 38 sp P. 37 no 21.

حيث استندت لتفاهة قيمة المال المسروق لنفى وصف المبرر الجدى عن القصل.

Soc. 28 Oct. 81 D. O. 82 P. 195.

وأنظر العكس 20 Fev. 86 Dr. Soc. 86 P. 239.

حيث أعتبر خطأ جسيم سرقة العامل رباط حذاء دون استظهار اختلال حسن

سير العمل وأنظر تعليق J.Sav.

(٣٤٥) وهو ما لا يعرفه القضاء المصرى لأن التشريع المصرى لا يعرف الخطأ الجسيم

ولا يعرف الا تدرج الخطأ التأديبي بين درجتى الخطأ البسيط الذى يبرر

الجزاءات التأديبية دون الفصل والخطأ المبرر الجدى الذى يبرر الفصل

المشروع.

Cass. soc. 11 Jul 91 G.P. 91 Somm. P. 317.

(٣٤٦)

سائق التاكسي قبل المديرية من سباب وشتم وتهديد على الملاء من من شأنه أن يخل بحسن سير العمل في المشروع وأنه وإن لم يمثل خطأ فادحا - *faute lourde* - بالنظر لتخلف قصد الأضرار لدى العامل، فإنه يعتبر خطأ جسيما أعلى درجة من المبرر الجدى^(٣١٧).

كما قضى بأن سباب العامل - السوقى الطبع الفاحش البذئ اللسان والعصبى المزاج وضربه لزملائه بما جعله غير محتملا منهم، يعتبر خطأ جسيما يفسد جو المشروع^(٣١٨).

كما قضى بأن السرقة داخل المشروع تمثل خطأ فادحا (*faute Lourde*)^(٣١٩) كذلك اعتبر خطأ جسيما تأجير أفلام مخلة بالإداب العامة داخل المشروع^(٣٢٠). وكذا سب صاحب العمل وإتخاذ سلوك عدواني تجاهه^(٣٢١).

7 Juin 91 G.P. 91 Somm. 317.

(٣١٧)

Paris 21 Juin 82 D. 82 I.R. 418.

(٣١٨)

Paris 28 Sept. 82 D. 82 I.R. 494.

(٣١٩)

في نفس المعنى

25 Fev 81 rejet Dr. o. 82 P. 161 "le fait de prendre un pot de crème en promettant de le payer le lendemain et de ne pouvoir présenter le tichet de caisse deux jours après constitue une faute grave de nature à supprimer la confiance que l'employeur mettait en la salariée".

وكذلك تسهيل السرقة والتمسك عليها.

Soc. 31 Janv. 79 G.P. Ponorama. 79; Soc. 20 Fev 86 Dr. Soc. 86 P. 239 Obs. Sav.

Soc. 10 mars 76 B. V no 147 P. 120 in Roger Op.Cit., P. 177.

(٣٢٠)

Soc. 25 mai 65 Bull IV no 392 P. 324.

(٣٢١)

أنظر في غيرها من الصور الأحكام الواردة في

C. du Trav. - Litec - 1991 P. 73 et s.; C. du trav. - Dalloz - 1988 P. 62 et s.; Brun et Galland - droit du travail - ed. 78 - P. 838 et s.; Lany Soc. 84 - P. 844 et s.; Michel Roger Op.Cit., P 176 - 178.

- ثانيا: مبرر جدی Cause sérieuse يبرر فصل العامل فصلا مشروعا لكن مع استحقاقه مزايا معينة - L 122 - 6 - 8 - 9; L 122 - 4 C.Trav) ومن تطبيقات ذلك ما قضى بأن السب الصادر من عامل ذو أقدمية كبيرة تجاه رئيسه الإداري في مكان مخلوق غير علني ليس له طابع الخطأ الجسيم وان كان له طابع المبرر الجدي (٣٥٢).

كذلك أعتبر مبررا جديا ولا يصل لمستوى الخطأ الجسيم السب الصادر من أحد قدامى العمال لزملائه تحت الضغط العصبي العارض الناتج عن ضغط العمل (٣٥٣).

وكذا التضارب بين العمال حيث لم يثبت من هو البادئ بالاعتداء أو أن يكون العامل قد أخذ موقف الدفاع ورد الفعل (٣٥٤).

- ثالثا: خطأ بسيط يتناسب مع الجزاءات التأديبية التي هي دون الفصل في الجسامة (٣٥٥).

(٣٥٢) Cass. Soc. 13 Juin 91 G.P. 91 Somm. 317.
(٣٥٣) في نفس المعنى Soc. 9 Juill 91 G.P. 91. Som. 317.
ويلاحظ اعتبار عشاء العمل بمثابة دائرة للعمل. في نفس المعنى - سب في مكان مغلق للرئيس الإداري.

(٣٥٤) Cass. Soc. 26 Juin 91 G.P. 91 Somm. 299.
Soc. 8 - 15 et 23 nov. 78 D. 79 I.R. 230, note Pelissier.
Soc. 12 nov. 64 Bull. IV P. 618 No 750, Soc. 12 mars 75 Bull V no 135 P.
120
(٣٥٥) Michel Rogier - Op.Cit., Dr. Soc. 80 P. 176, V. 3 avril 81 Dr. O. 82 P. 168.

ومن أهم الاعتبارات - التي لا تقع تحت حصر - والتي أخذها القضاء الفرنسي في حساباته بمناسبة تقدير درجة الخطأ التأنيبي بغير التزام بمعيار جامد يرجع سواء لطبيعة الجريمة (جناية أو جنحة) أو مكان ارتكابها، ما يرجع بعضها لشخصي العامل^(٣٥٦) وما يرجع البعض الآخر منها لظروف ارتكاب الجريمة^(٣٥٧).

^(٣٥٦) شأن أقدمية العامل التي دعت بعض الأحكام إلى تكيف الخطأ على أنه بسيط
Amiens 18 avril 78 G.P. Panorama 25 - 26 avril 78.
والتي تدعو بعض الأحكام في موضع آخر إلى تكيف الخطأ على أنه مبرر
جدي.

Soc. 8 - 15 et 23 nov. 78 D. 79 I. R. 230.
(مباب مصدر من عامل ذو أقدمية تصل لعشر سنوات) note pelissier أو تحت
تأثير انفعال عصبي عارض نتيجة ضغط العمل تجاه زملائه.

Soc. 13 Juin 91 G.P. 91 Som. 317.
- المستوى الثقافي المتدني للعامل الأمر الذي يجعل السبب الصادر منه هو
أسلوبه العادي في التعامل، إضافة إلى الضغط العصبي الناجم عن فترة عمل
شاق صاحبت عيد رأس السنة الميلادية

Paris 18. 29 sept. 82 D. 82 I. R. 493;
- ومثله حالة التخلف الذهني للعامل والتي يعلم بها صاحب العمل.

- الانفعال العرضي الناجم عن حالة صحية للعامل والذي يترجم بمبارات سوقية
ليس مبررا جديا على عكس الطابع الفاحش البذي الذي يصلح مبررا جديا.

V. 4 Oct. 79 et 15 avril 81 Dr. O.P. 346; 28 Feb 81 Dr. O. 82 P. 161.
^(٣٥٧) المشاجرة بين عاملين في مكان العمل وانتفاضة نتيجة الخلاف على طريقة أداء
العمل دون أن تصل إلى حد التضارب ليس مبررا جديا للفصل لأنه فعل غير ذو
تأثير على سير العمل بالمشروع وانتهت المحكمة إلى أن أقصى ما يمكن أن
يرره وقف العامل.

- الاثارة التي تعرض لها العامل

Amiens 18 avril 78 G.P. Panorama 25 - 26, avril 78 in Roger, Op.Cit., 178;
- إذا كان لصاحب العمل يد في وقوع العامل في الخطأ

Paris 21 juin 78 G.P. Panorama 25 - 26.
حيث أن صاحب العمل كلف العامل بالقيام بعملية تسليم بضاعة عقب أدائه نوبة
عمل ليلي.

- تهامة قيمة المال المسروق، خاصة إذا تبين أن المبرر الحقيقي للفصل هو
شهادة العامل ضد صاحب العمل أمام القضاء

Soc. 28 Oct. 81 D. O 82 P. 195.
V. Contr. Soc. 20 Feb. 86 Dr. Soc. 86 P. 239.

أما على مستوى السياسة التشريعية المقترحة:

فإفادة من القانون المقارن وتحقيقاً للتوازن بين مصلحة صاحب العمل ومصلحة العامل، وإفساحاً للقضاء أن يباشر سلطته التقديرية في تكليف الخطأ التأديبي وتحديد درجته في ضوء الاعتبارات الشخصية بالعامل يرتكب الجريمة - فيما يتعلق بوضعه الوظيفي ومتطلبات وظيفته وهدف المشروع - وظروف ارتكاب الجريمة وكذلك تمسكاً بالمفهوم الفني للخطأ التأديبي في ارتباطه بأثر سلوك العامل على حسن سير العمل بالمشروع بالنظر لمتطلبات وظيفته استقلاً عن طبيعته الجنائية، نقترح أن يميز في إطار الجثة الواقعة داخل دائرة العمل بحثاً عن الخطأ التأديبي بين ما يستدل عليه بقرينة تشريعية قاطعة في حالة ثبوت ارتكابه (٣٥٨) تأسيساً على الغالب في الأمر من أن ارتكاب هذه الجرائم من ناحية يصطدم مع متطلبات الوظيفة ومن ناحية أخرى يخل بحسن سير العمل بالمشروع وعلى إمكانية التعاون مع العامل. وهذه تنحصر في الحالات الآتية:

(١) الجثة المخلة بالشرف أو الآداب العامة.

(٢) الاعتداء على صاحب العمل أو نائبه أو المدير المسئول أو أحد

رؤسائه أو أحد العملاء أيما كان سبب الاعتداء، وفيها يفترض بقرينة قاطعة المبرر الجدى للفصل، ما لم يثبت صاحب العمل الخطأ الجسيم على اعتبار أننا نؤيد تبني فكرة تدرج الخطأ.

(٣٥٨) دون أن يطلب من صاحب العمل استظهار وجه الاختلال في حسن سير العمل ودون أن يقبل من العامل أن ينفيه بتقديم الدليل العكسي.

- أما ما عدا ذلك من حالات الجنج المرتكبة داخل دائرة العمل^(٣٥٩) فنفترح أن يستفاد منها بقرينة تشريعية نسبية الخطأ التأديبي الذي يصلح كمبرر جدى للفصل. وباعتبار أننا نؤيد تبني فكرة تدرج الخطأ، فإنه يصح لرب العمل أن يثبت أن خطأ العامل يتجاوز المبرر الجدى المفترض ليصل لمستوى الخطأ الجسيم أو يثبت العامل على العكس انتفاء الخطأ التأديبي عن فعله أو يثبت أنه لا يتجاوز مستوى الخطأ البسيط.

بقية هذا البحث في العدد القادم،،

^(٣٥٩) ويدخل في ذلك الاعتداء على الزملاء.



فكرة المعرفة الفنية (Know - How) والأساس القانوني لحمايتها

(دراسة في القانون الأمريكي)

دكتور

جلال وفاء محمدين

مدرس القانون التجارى والبحرى

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

مقدمة

تحتل اليوم المعرفة الفنية Know - How مكانا هاما وبارزا بين موضوعات الملكية الصناعية، وذلك لما تثيره من مسائل شائكة ومعقدة سواء على الصعيد الوطنى فى الدول الصناعية الكبرى، أو على الصعيد الدولى وبمناسبة نقلها من تلك الدول إلى مثيلاتها من الدول النامية.

والحقيقة أن أغلبية الدراسات العربية قامت بمعالجة المشكلات المصاحبة للمعرفة الفنية من منظور العقد الدولى، أى فى إطار النقل الدولى للتكنولوجيا من الدول الصناعية إلى الدول النامية^(١). وعالجت هذه الدراسات العديد من المسائل الهامة مثل القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا^(٢)، وشروط هذه العقود^(٣)، وأسلوب فض المنازعات التى قد

(١) ومن أبرز هذه الدراسات أنظر: الدكتور محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، كلية الحقوق - جامعة القاهرة - مركز البحوث والدراسات القانونية (١٩٨٤)؛ الدكتور حسام محمد عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة فى الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربى (١٩٨٧)؛ الدكتور سعيد يحيى، تنظيم نقل المعرفة التقنية بين مشروع التقنين الدولى ومشروع القانون المصرى، منشأة المعارف (الاسكندرية ١٩٨٦)؛ الدكتورة نصيرة بوجمعة سعدى، عقود نقل التكنولوجيا فى مجال التبادل الدولى، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية (١٩٨٧)؛ الدكتور ماجد عبد الحميد عمارة، عقد الترخيص الصناعى وأهميته للدول النامية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - (بدون سنة الطبع).

(٢) أنظر بصفة خاصة الدكتور يوسف عبد الهادى خليل الاكيايى النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا فى مجال القانون الدولى الخالص (١٩٨٩)، وخاصة القسم الثانى من ذلك المؤلف.

(٣) أنظر على وجه الخصوص الدكتور سميحة القليوبى، تقييم شروط التعاقد والالتزام بالضمان فى عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٠٦ فى ص ٩٧ - ١١٧ (١٩٨٦). أنظر أيضا، الدكتور محسن شفيق، نقل التكنولوجيا الدراسة المشار إليها سابقا فى ص ٢٦ - ٣٥.

تشأ عنها (٤).

ولا يثور لدينا أدنى شك في جدوى هذه الدراسات من الناحيتين النظرية والعملية، وخاصة بالنسبة للدول النامية. على أن القليل من الدراسات قد توجهت إلى معالجة المشكلات القانونية للمعرفة الفنية في إطار النظم الوطنية في الدول للصناعة الكبرى (٥)، ولا جدل أيضا في أهمية هذه الدراسات، ولا تستند هذه الدراسات الأخيرة أهميتها فقط من كونها مجالا خصبا للمقارنة النظرية بين النظم القانونية المختلفة، وإنما أيضا لأنها من الناحية العملية تساعدنا على فهم طريقة التفكير والأسلوب الذي ينتهجه المشروع المالك للمعارف التكنولوجية عند التفاوض، ثم التعاقد على نقلها إلى الدول النامية، ومن بينها مصر. ذلك أننا لا ينبغي أن نخل أن المشروع مالك للتكنولوجيا، في الدول الصناعية الكبرى، عادة ما يكون متكثرا - حتى وهو يتعاقد على نقل التكنولوجيا خارج الحدود الإقليمية - بالأفكار الوطنية السائدة في نظامه القانوني، بل

(٤) أنظر الدكتور محسن شفيق، نقل التكنولوجيا ... الدراسة المشار إليها سابقا، في ص ١٠٠ - ١٠٢. وأنظر أيضا الدكتور ماجد عمارة، عقد الترخيص الصناعي ... للدراسة المشار إليها سابقا، وبصفة خاصة في ص ١٩٩ - ٢٨٥. الدكتور سعيد يحيى، تنظيم نقل المعرفة الفنية البحث المشار إليه سابقا في ص ١١١ - ١٢٩. الدكتور منصور أبو جمعة سمدي، عقود نقل التكنولوجيا ... الرسالة المشار إليها سابقا، في ص ٣٨٧ - ٤٠٩.

(٥) على أنه من الدراسات القليلة والقيمة في هذا الخصوص مؤلف الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية ... المشار إليه سابقا، حيث قام المؤلف بمعالجة جانب من مشكلات المعرفة الفنية في القوانين المقارنة لبعض الدول الصناعية الكبرى مثل الولايات المتحدة الأمريكية، واليابان، وفرنسا، وانجلترا وألمانيا. أنظر مؤلف الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا ... المشار إليه، ص ١٠٧ - ١٧٤.

إنه يحاول بطريقة أو بأخرى فرض هذه الأفكار على المشروع المتلقى لهذه المعارف التكنولوجية.

ومن ثم فلقد رأينا أن نتوجه في دراستنا للمعرفة الفنية إلى أحد القوانين الدخلية؛ وأخترنا لذلك القانون الأمريكي. فدراسة المعرفة الفنية في القانون الأمريكي لها مغزى هام. إذ أن الأفكار والمشكلات القانونية للمعرفة الفنية ظهرت أول ما ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية، فأخذ الفقه بدعم من القضاء في تطوير نظرية عامة لحمايتها^(٦)، وذلك من خلال ما يعرف بقانون الأسرار التجارية Law of Trade Secrets^(٧). فأصبحت هناك معالجات فقهية عديدة، وتطبيقات قضائية لا حصر لها في هذا المجال، كما استقرت مصطلحات هذا الفرع الجديد من فروع القانون، لدرجة أن اصطلاح Know - How بات يستخدم، في الكثير من الأحيان، حتى في خارج الولايات المتحدة دون ترجمته^(٨).

(٦) انظر بصفة خاصة:

Francois Dessemontet, The Legal Protection of Know - How in the United States of America, Second edition (Geneva 1976).

وبصفة خاصة في ص ص ١١ - ١٢.

(٧) ومن أهم المؤلفات الأمريكية حول قانون الأسرار التجارية مؤلف:

Roger M. Milgrim, Trade Secrets (Matthew Bender, New York 1981).

وظهرت أول طبعة من هذا المؤلف القيم في عام ١٩٦٧. وهو يتكون من جزأين.

(٨) ومن المؤلفات الفرنسية التي تستخدم اصطلاح Know - How انظر:

F. Magnin, Know - How et propriete industrielle (1974).

مشار إليه في:

Francois Dessemontet, The Legal Protection of know - How

المرجع المشار إليه سابقاً في ص ١١، هامش (١).

وتزداد أهمية دراسة المعرفة الفنية إذا ما علمنا أن نظام براءات الاختراع أُمسى في أيلول في الأونة الأخيرة (٩)، فالحصول على براءة اختراع يقتضى من المخترع أو من المشروع الحائز للاختراع الكشف عنه للمجتمع في مقابل الحصول على حق استثنائي لاستغلاله لفترة محددة، يصبح بعدها من حق أى مشغل بالفن الصناعى استخدام الاختراع واستغلاله، ولما كان نظام براءات الاختراع لا يضمنى على المخترع إلا حماية مؤقتة، (١٠) بحيث تنتثر هيئته على اختراعه بعد انقضاء مدة البراءة، فلا غرو أن تسعى المشروعات، وبالأذات في الدول الصناعية للكبرى إلى الاحتفاظ بما لديها من اختراعات ومعارف فنية في طى الكتمان من أجل استغلالها لأطول فترة ممكنة، وذلك خارج التنظيم القانونى لبراءات

(٩) أنظر في هذه الفكرة في الفقه المصرى: الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا ... المرجع المشار إليه سابقاً في ص من ١١٠ - ١١١. ولقد ذهب البعض إلى أن نظام براءات الاختراع يفضل من الناحية الاقتصادية نظام المعرفة الفنية لأنه يكشف للمجتمع عن أسرار التكنولوجيا فيزيد من دفع عجلة التقدم الفنى والتكنولوجيا. بينما ذهب البعض إلى انتقاد نظام براءة الاختراع على أساس أنها تعطى المخترع احتكراً من شأنه أن يكون من سلطاته المطلقة فرض شروط لترخيص مما قد يؤدي إلى ارتفاع نفقات التكنولوجيا. كما ذهب البعض إلى أن نظام المعرفة الفنية، على العكس، قد يؤدي إلى التقدم العلمى، لأن المنافسين الآخرين سوف يبتكرون قصارى جهدهم للكشف عن سر التكنولوجيا غير المبرنة، مما يؤدي إلى إزاحة سر الاختراع دون وجود أى احتكار كالأذى لفخوله البراءة. أنظر في مناقشة هذه الحجج:

Francois Dessemontet, The Legal Protection of Know-How

المرجع المشار إليه سابقاً في ص من ١١١ - ١١٢.

(١٠) ومدة البراءة في القانون الأمريكى هي سبعة عشر عاماً. أنظر:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، الجزء الثانى، الفصل الثامن، في

ص ٣١.

وفى قانون المصرى، فإن مدة الإحتكار التى تخولها براءة الاختراع هي خمسة عشر عاماً أنظر: الدكتور محمد حسنى عبل، الملكية الصناعية والمحل التجارى (دار النهضة العربية ١٩٧١) في ص ٢٤٠. ويلاحظ أن المدة تبدأ من تاريخ إيداع الطلب.

الاختراع. وبهذا الأسلوب تتمكن هذه المشروعات من ممارسة نوع من الاستئثار الفعلي على ما تحوزه من عناصر ومعارف تكنولوجية طالما استطاعت الحفاظ على سريتها (١١).

فالسرية إذا هي عصب حماية المعرفة الفنية. فإذا فقدت المعرفة الفنية ما تتميز به من سرية زالت عنها ما كانت تتمتع به من حماية، إذ لا يستطيع حائزها الأول، بعدئذ، منع أى شخص من استغلالها أو استعمالها (١٢).

ولما كان المشروع المالك للمعرفة الفنية يسعى إلى استثمارها باعتبارها عنصرا هاما من عناصر المشروع الرأسمالى، فإنه عادة ما يدخل فى علاقات متعددة قد تتعرض فيها السرية التى تتميز بها المعرفة

(١١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور سعيد يحيى، تنظيم نقل المعرفة الفنية، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١١ - ١٢؛ أيضا أنظر الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١١٠ - ١١١. وأنظر فى الفقه الأمريكى: Milgrim, Trade Secrets، المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الثانى، فى الفصل رقم ٨ فى ص ٤ - ٥.

أنظر فى معنى قريب الدكتور سميرة القلوبى، تقييم شروط التعاقد، والالتزام بالضمائم، المقالة المشار إليها سابقا، فى ص ١٠٧ حيث تشير إلى انتشار نقل التكنولوجيا غير المشمولة ببراءة اختراع إذ تمثل التكنولوجيا الحاصلة على براءة اختراع نسبة تتراوح فقط من ٢٪ إلى ٥٪ بالنسبة للمعرفة الفنية فى عقود نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية.

(١٢) أنظر:

Milgrim, Trade Secrets، المرجع المشار إليه سابقا (الجزء الأول) الفصل الثانى، فى ص ٣٥ - ٣٦. وأنظر بصفة خاصة فى الوسائل الداخلية التى يتخذها المشروع المالك للمعرفة الفنية للحفاظ على السرية:

Tom Arnold, Internal Security Measures for Protection of confidential Information.

والبحث المشار إليه منشور بأكمله فى:

Daniel H. Kane, Trade Secrets Today (Practising Law Institute 1971).

فى ص ٦٧ - ٨٧.

الفنية للإفشاء. ومن ثم فغالبا ما يتم تضمين العقود التي يكون محورها المعرفة الفنية شروطا صريحة، تلزم متلقى التكنولوجيا أو من يتصل علمه بها، بالحفاظ على سريتها. وعادة ما يتضمن الشرط الصريح نطاق السرية من حيث الموضوع، أى تلك المعارف التكنولوجية التي يتعين على المتلقى أن يحفظها في طي الكتمان؛ كذلك يتضمن هذا الشرط تحديدا لنطاقه من حيث الأطراف والمدة، أى الأشخاص الذين يسمح لهم بالإطلاع على الأسرار التكنولوجية وأيضاً المدة التي يتعين خلالها الحفاظ على السرية^(١٢). فإذا لم يحترم متلقى المعرفة الفنية الشرط الصريح المنصوص عليه في العقد، فلا جدل أن مالك هذه التكنولوجيا سيبادر إلى الانتجاء إلى القضاء لإستصدار حكم يلزم الطرف المتلقى باحترام تعهداته بالالتزام بالكتمان، أو التعويض إن كان قد حصل بالفعل إفشاء للأسرار التكنولوجية. فالعقد إذاً هو أساس الحماية القانونية للمعرفة الفنية عند وجود شرط صريح يلزم المتلقى لها بالحفاظ على السرية.

ولكن تنثور مشكلة حماية المعرفة الفنية عندما يخلو العقد من نص أو شرط صريح يلزم المتلقى بالحفاظ على السرية. كذلك تنثور مشكلة حماية المعرفة الفنية خارج نطاق العقد، أى في الأحوال التي لا تتوافر فيها مقومات العقد بين مالك المعرفة الفنية والشخص الذي اتصل علمه بها، ومثال ذلك حالة فشل المفاوضات في عقد الترخيص باستغلال المعرفة الفنية، أو فشل المفاوضات المؤدية إلى بيعها ... الخ. ففي هذه الأحوال يصعب القول بأن العقد يمثل الأساس القانوني للحماية؛ إذ لا يوجد عقد

(١٢) انظر في مشكلات الحماية التعاقدية للمعرفة الفنية: Milgrim, Trade Secrets المشار إليه سابقاً، في (الجزء الأول)، الفصل الثالث، في ص ص ٢ - ٩٩.

بالمعنى الفنى الدقيق، بينما اضطر مالك المعرفة الفنية إلى إطلاع الطرف الآخر على بعض الجوانب السرية للتكنولوجيا التى بحوزته، ترغيباً فى تمام الصفقة. هنا يكون من غير الإنصاف ترك مالك المعرفة الفنية دون ما أساس قانونى لحماية ما تسرب من أسرار تكنولوجية أثناء فترة المفاوضات.

ولقد أخذ القضاء الأمريكى، يؤازره فى ذلك الفقه، فى بسط الحماية القانونية على المعرفة الفنية معتمداً فى هذا على بعض الأفكار فى قانون العقد فى الشريعة الانجلوسكسونية والتى تسمح له بمد الحماية القانونية حتى ولو لم يكن هناك اتفاق صريح يلزم الشخص الذى اتصل علمه بالأسرار التكنولوجية بالحفاظ على سريتها. بل لقد لجأ القضاء الأمريكى إلى حماية المعرفة الفنية حتى خارج نطاق العقد، وتأسيس هذه الحماية على بعض الأفكار المتعلقة بنظرية المسؤولية للتقصيرية Tort Law. ولقد صاغ كل من القضاء والفقه الأمريكى هذين الأسلوبين فى الحماية فى شكل نظرية تعرف الآن، فى محيط قانون الأسرار التجارية الأمريكى، بنظرية علاقة الثقة^(١٤)

(١٤) انظر فى عرض هذه النظرية والدفاع عنها المؤلف القيم للأستاذ Turner، وهو فى الواقع أول محاولة جادة لإرساء نظرية متكاملة للأسرار التجارية فى كل من القانونين الانجليزى والأمريكى، انظر:

Amedee Turner, The Law of Trade Secrets (Sweet & Maxwell, London 1962).

انظر على وجه الخصوص الجزء الرابع من كتاب الأستاذ Turner، فى ص ص ٢٦٥ - ٣٦٠.

ومن الجدير بالذكر أن نظرية علاقة الثقة قد تبناها كل من القضاء والفقه الأمريكى، وبصفة خاصة انظر الحكم الصادر فى قضية:

B.I. du Pont de Nemours Powder Co. V. Masland, 37 Supreme Court 575 (1917)

وتنظر أيضاً فى الفقه الأمريكى:

Ridsdale Ellis. Trade Secrets (1953).

The Confidential Relationship Theory. بل لقد مد القضاء الأمريكي الحماية الواجبة للمعرفة الفنية، في بعض الأحوال، دون فحص للعلاقة الفعلية للأطراف (مالك المعرفة الفنية والمتلقي لها) إلا في اللحظة أو في الوقت الذي حصل فيه إفشاء للسرية؛ ويكون ذلك في الحالة التي يحقق فيها المتلقي للمعرفة الفنية إثراء على حساب مالكها Unjust Enrichment.

ومن ثم فإن حماية المعرفة الفنية في القضاء الأمريكي تعتمد على وجود علاقة ثقة معينة، أيًا كان الأساس الذي تركز عليه هذه العلاقة، ومواء كان هذا الأساس منبثقا عن الأفكار العقدية أو المسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب. على أنه يمكن مع ذلك حماية المعرفة الفنية حتى خارج نطاق علاقات الثقة. فالمعرفة الفنية Know - How تعتبر، حسب السائد في القانون الأمريكي، حقا من حقوق الملكية Property right ، وفقا للمفهوم الفني لهذا الاصطلاح^(١٥). ومن ثم فإن الاستيلاء عليها، حتى في حالة

وبصفة خاصة في الفصل الخامس، في ص ص ٨٣ - ٩٠، والذي يعالج فيه المؤلف الصور المختلفة لعلاقات الثقة والتي سنشير إليها فيما بعد خلال دراستنا. وانظر أيضا:

Don Weisner & Antia Gava, Stealing Trade Secrets Ethically, Vol. 47 Maryland Law Review 1076 - 1129 (1988).

وبصفة خاصة في ص ص ١١٠٥ - ١١١٩. وانظر. في تطبيق نظرية علاقة الثقة في بعض الولايات الأمريكية:

Peter C. Quittneyer, Trade Secrets and Confidential Information under Georgia Law, Vol. 19 Georgia Law Review 544 - 623 (1985).

وبصفة خاصة في ص ص ٦٦٩ - ٦٧٠. وانظر أيضا:

Note, The "Genetic Message" from the Cornfields of IOWA: Expanding the Law of Trade Secrets, Vol. 38 Drake Law review 631 - 654 (1988 - 89).

وبصفة خاصة في ص ص ٦٣٧ - ٦٣٩.

(١٥) انظر مؤلف: Milgrim, Trade Secrets، المشار إليه سابقا في (الجزء الأول)، الفصل الأول، وبصفة خاصة في ص ص ٢ - ١٤، وانظر أيضا في ذات

غياب علاقة من علاقات الثقة، يعتبر استيلاء غير مشروع لحق من حقوق الملكية misappropriation ، فيكون لصاحبه الدفاع عنه واسترداده، أو طلب التعويض، أو كليهما معاً، وذلك كما في حالة الحصول على المعرفة الفنية بطريق الغش Fraud أو في حالات التجسس الصناعي Industrial Espinoage^(١٦)، وهى حالات قد تثير فى نفس الوقت الحماية الجنائية^(١٧). على أنه باستثناء حالات الاستيلاء غير المشروع على المعرفة الفنية، فإن نظرية علاقات الثقة تبقى هى الأساس لحماية المعرفة الفنية، ويكون فى نفس الوقت على طالب الحماية إثبات ملكيته للمعرفة الفنية، فملكية المعرفة الفنية، حتى فى الأحوال، التى تتوفر فيها علاقة الثقة، وإن كانت لا تشكل الأساس القانونى للحماية، إلا أنها على الأكل تعتبر بمثابة الطبيعة القانونية للحق المطلوب حمايته. وعليه، فإن طالب حماية المعرفة الفنية يتوجب عليه إبراز ملكيته عليها بجانب الاستناد إلى علاقة معينة من علاقات الثقة، والتى تبرر هذه الحماية.

المؤلف الإشارات العديدة إلى القضاء الأمريكى بصدد موقفه من فكرة ملكية المعرفة الفنية، راجع فى ذلك هامش (١) من نفس الفصل. وأنظر أيضاً: Ellis, Trade Secrets المؤلف المشار إليه سابقاً فى ص ص ١٠ - ١٣. وأنظر أيضاً:

Melvin Jager, Trade Secrets Law Handbook (1984).

وبصفة خاصة فى ص ص ٥٦ - ٦١.

(١٦) أنظر فى الجاسوسية الصناعية، مؤلف: Milgrim, Trade Secrets المشار إليه سابقاً، الجزء الأول، الفصل الخامس، فى ص ص ٢٠ - ٢٥، والإشارات للعديد من المقالات فى هذا الموضوع فى هامش (٢) من ذات الفصل.

(١٧) أنظر مقالة:

Michéal A. Epstein, Criminal Liability for the Misappropriation of Trade Secrets.

هذه المقالة منشورة بأكملها فى الملحق رقم B-5 فى الجزء الثانى من مؤلف:

Milgrim, Trade Secrets ، المشار إليه سابقاً، فى ص ص 158 B5 - 1 B5 .

وسنحاول من خلال هذه الدراسة إبراز مفهوم نظرية علاقات الثقة كأساس لحماية المعرفة الفنية في القانون الأمريكي، وذلك من خلال بيان الأسس الفنية التي تقوم عليها هذه النظرية وأهم تطبيقاتها القضائية، وذلك في إطار قانون الأسرار التجارية. على أنه قبل البدء في شرح أبعاد نظرية علاقات الثقة، فإنه يتعين بيان مضمون المعرفة الفنية والطبيعة القانونية لها باعتبارها حقاً من حقوق الملكية في القانون الأمريكي.

تقسيم: وعليه يمكن تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين:
المبحث الأول: مضمون المعرفة الفنية وطبيعتها القانونية في القانون الأمريكي.
المبحث الثاني: الأسس القانونية لحماية المعرفة الفنية في القانون الأمريكي (نظرية علاقة الثقة).

المبحث الأول

مضمون المعرفة الفنية وطبيعتها القانونية فى القانون الأمريكى

تمهيد:

بدأ استخدام اصطلاح المعرفة الفنية فى الولايات المتحدة الأمريكية، كما يذكر الأستاذ Eckstrom، فى عام ١٩١٦ (١٨). ولقد أحدث استعمال هذا الاصطلاح نوعا من البلبلة فى المحاكم الأمريكية، حيث تضاربت الأحكام فى تعريفه وتحديد مضمونه.

ولقد ارتبط مفهوم المعرفة الفنية فى بادئ الأمر بمجموع المهارات التى يحوزها شخص ما فى مجال معين، والتى تمكنه من إتيان عمله. فهى من هذا المنظور تشير إلى القدرة الشخصية على إنجاز عمل ما (١٩). على أن هذا المفهوم كان يخلط بين ما قد يمتلكه الفرد من مهارات شخصية . Objective skills ، وبين تلك المعارف الموضوعية

(١٨) انظر:

Eckstrom, Licensing in domestic and foreign Operations (1964).

فى ص ١٠٧، كما هو مشار إليه فى:

Francois Dessmontet, The Legal Protection of Know - How

المشار إليه سابقا فى ص ١٥، وهامش (١٦).

(١٩) انظر فى عرض ومناقشة هذه المسألة:

Thomas J. Collin, Determining Whether Information is Trade Secret Under OHIO Law, Vol. 19 Toledo Law Review 543 - 601 (1988).

وبصفة خاصة فى ص ص ٥٩٢ - ٦٠٠. وانظر أيضا فى مناقشة هذه المسألة:

Turner, The Law of Trade Secrets المشار إليه سابقا، فى ص ص ١٦٠ -

Knowledge ؛ هذه الأخيرة قد تشمل المعرفة التقنية technical knowledge على حد رأى البعض، وقد تشمل أيضا فى رأى البعض الآخر المعلومات والمعارف التجارية trade information ، كما يذهب البعض إلى أن اصطلاح المعرفة الفنية يغطى كل الطرق الصناعية سواء كانت مشمولة ببراءة اختراع، أو قابلة للبراءة، أو من غير الممكن الحصول على براءة اختراع عليها، وإن كانت الأغلبية ترى أن المعرفة الفنية لا يمكن أن تشمل الابتكارات المغطاة ببراءة اختراع بالنظر إلى فقدانها شرط السرية (٢٠).

وعلى أى الأحوال، فإن للفقهاء الأمريكى، فى أغلبه يذهب إلى المماثلة بين مفهوم المعرفة الفنية، وبين مفهوم الأسرار التجارية والصناعية Trade and Industrial Secrets (٢١). كما حدد كل من الفقه والقضاء خصائص معينة يتعين توفرها فى محتوى المعرفة الفنية حتى يمكن حمايتها؛ فلا بد أن تكون لهذه المعرفة قيمة معينة، ونوع من الجودة، وأخيرا، وفوق كل اعتبار، لابد أن تحاط هذه المعرفة بالسرية. بل إن الفقه، وكذلك القضاء الأمريكى يذهبان إلى أن المعرفة الفنية بإعتبارها شكلا من أشكال الأسرار التجارية والصناعية تشكل فى نفس الوقت محلا لحق الملكية. والمراد بملكية المعرفة الفنية، أن لمالكها ممارسة كل

(٢٠) أنظر فى عرض هذه الآراء:

Francois Dessmontet, The Legal Protection of Know - How in the United States

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٤٩ - ٦٠.

(٢١) أنظر المرجع السابق فى ص ص ٢٩ - ٣٢.

الصلاحيات عليها كما لو كان يمارس حقاً عينياً، وهو ما يمكنه من استغلالها واستعمالها ومنع الآخرين من ذلك.

وفيما يلي نقوم بدراسة مضمون المعرفة الفنية فى الفقه والقضاء الأمريكى، وذلك فى مطلب أول، والطبيعة القانونية للحق على المعرفة الفنية، وذلك فى مطلب ثان.

تقسيم:

المطلب الأول : مضمون المعرفة الفنية فى القانون الأمريكى.

المطلب الثانى : الطبيعة القانونية للمعرفة الفنية فى القانون الأمريكى.

المطلب الأول

مضمون المعرفة الفنية في القانون الأمريكي

١ - ارتباط تعريف المعرفة الفنية بفكرة الأسرار التجارية:

يذهب الفقه الغالب في الولايات المتحدة إلى المماثلة بين المعرفة الفنية وما يعرف هناك بالسر التجاري Trade Secret.

والواقع أنه لا يوجد تعريف محدد للسر التجاري،^(٢٢) إذ أن حماية الأسرار التجارية بإعتبارها أحد عناصر المشروع الرأسمالي تخضع لمحاكم العدالة equity courts^(٢٣)، حيث أنه لا يوجد قانون فيدرالي يحكم هذا الموضوع^(٢٤). ومع ذلك فقد جاءت مدونة المسؤولية^(٢٥) Restatement

(٢٢) وفي صعوبة تعريف السر التجاري: أنظر Dessmontet المرجع السابق في ص ٢٠ - ٤٨.

(٢٣) محاكم العدالة equity courts هي نواتر قضائية عليها ذات ولاية خاصة تخولها تطبيق القانون على أسس العدالة الطبيعية والانصاف المنطلق من القيود والشكليات، وتباع إجراءات استثنائية خاصة.

أنظر: Faruqi's Law Dictionary, third edition Beirut (1991).

(٢٤) ويلاحظ أنه على الرغم من صدور قانون موحد للأسرار التجارية Uniform Trade Secret Act، كما سنذكر لاحقاً، إلا أن هذا القانون ليس فيدرالياً. أنظر في ذلك:

Michael Epstein, Modern Intellectual Property (Second edition 1989), Supplement (1990).

في ص ٥ - ٦. ومن الجدير بالذكر أن بعض الولايات الأمريكية أصدرت قوانين خاصة بها تعالج مسائل الأسرار التجارية، أنظر في ذلك على سبيل المثال:

Joseph E. Root & Guy M. Blynn, Abandonment of Common Law Principles: The North Carolina Trade Secrets Protection Act, Vol. 18 Wake Law Review, no. 5, 823 - 855 (1982).

وأنظر أيضاً:

Gerald B. Buechler, Jr. Revealing Nebraska's Trade Secret Act, Vol 23 Creighton Law Review, 323 - 347 (1990).

of Torts بتعريف للسر التجارى وذلك بقولها "إن السر التجارى يجوز أن يتكون من أى تركيبة، نموذج، آلة، أو مجموعة من المعلومات، والتي تستخدم فى أعمال شخص ما، والتي تمكنه من الحصول على ميزات معينة فى مواجهة منافسيه، الذين لا يعلمون بها، أو لا يمكنهم استخدامها" (٢٦).

وأول ما نلاحظه أن المدونة قد قامت بتعريف الأسرار التجارية بطريق التعداد المحدد. ومن ثم فلا يصلح كسر تجارى إلا التركيبات الكيميائية، والنماذج، والآلات. صحيح إن المدونة تتكلم عن المعلومات التجارية، ومن أمثلتها قوائم العملاء Customers' Lists (٢٧)، وما يشابهها من معلومات وأسرار متعلقة بالتجارة، إلا أنها أغفلت نوعا هاما وبارزا من المعلومات، ألا وهى المعلومات التقنية أو الفنية technical information ، والتي تدخل بلا جدل فى عداد المعرفة الفنية.

(٢٥) ومن الجدير بالذكر أن المدونة Restatement ليست قانونا بالمعنى الفنى، وإنما هى تجميع للمبادئ القضائية والفقهية موضوعات مختلفة من موضوعات القانون كال عقود والملكية والمسئولية وغيرها. وهى بصفة عامة لها احترام كبير. أنظر فى معنى قريب:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢٤ - هامش (٢٩).

(٢٦) أنظر مدونة المسئولية:

Restatement of torts 757 (b) (1949)

كما هو مشار إليها فى:

Michael Epstein, Modern Intellectual Property

المشار إليه سابقا فى ص ٢ - ٣.

(٢٧) أنظر فى مناقشة مدى اعتبار قوائم العملاء داخلة فى الأسرار التجارية:

Russell W. Adams, Customer Lists as Trade Secrets under Alabama's New Trade Secrete Act, Vol. 41 Alabama Law Review 150 - 165 (1989).

والواقع إن هذا التعريف للأسرار التجارية، والذي جاءت به المدونة، قد أصبح تعريفاً بالياً، بالنظر لقصوره الشديد عن ملاحقة الأفكار الحديثة فى مجال الملكية الصناعية فى القانون الأمريكى، إذ أن تعريف المدونة قد تم وضعه فى عام ١٩٣٩. ولقد تلاقت الأحكام القضائية، وكذلك الفقه هذا للقصور، حيث حصل توسع كبير فى تعريف الأسرار التجارية لى تستوعب الظواهر الحديثة التى لم تكن معروفة وقت وضع المدونة، مثل حماية البرامج الخاصة بالحاسب الآلى والمعارف التكنولوجية الإدارية والتنظيمية التى يتم تطويرها من خلال البحث المنظم فى إطار مشروع ما (٢٨).

ومع ذلك فلقد اعتنقت الكثير من الأحكام الأمريكية، سواء تلك التى صدرت على المستوى الفيدرالى، أو على مستوى محاكم الولايات نفس التعريف الذى جاءت به المدونة، أو على الأقل تبنت تعريفات قريبة منه. ومن ذلك الحكم الشهير الصادر فى قضية Colgate، والذي أصدرته الدائرة الرابعة للمحاكم الفيدرالية فى عام ١٩٥٦ (٢٩)، حيث جاء فيه أن "السِر التجارى - يجوز أن يكون فى شكل تركيبة، آلة، أو مجموعة من المعلومات التى يستخدمها شخص ما فى أعماله، والتى تكفل له الحصول على ميزة معينة فى مواجهة منافسيه، الذين قد لا يعلمون بها أو على الأقل لا يقومون باستخدامها، فهو (أى السِر التجارى) يجوز أن يكون فى شكل مركب كيمائى معين، أو طريقة تصنيع كمعالجة أو حفظ المواد، أو نموذج

(٢٨) انظر فى هذا المعنى:

Dessemontet, The Legal Protection of Know - How

المشار إليه سابقاً فى ص من ٢٣ - ٢٤.

(٢٩) انظر:

Colgate - Palmolive Co. V. Carter Products, Inc. 230 F. 2d 843 (1956).

لماكينة أو آلة، أو قائمة للعملاء" (٣٠). ومن ثم فإن الأسرار التجارية هي التي ترتبط أساساً بكيفية إنتاج السلع، سواء تعلق الأمر بالآلات والطرق التي تستخدم في صناعتها، أو الأمور غير التقنية مثل قوائم العملاء، في تحديد الأسعار، طرق حفظ الانفاثر التجارية والمعلومات التي الموجودة فيها الخ. ولعل لوضع حكم أخذ بالتفسير الواسع لمعنى السر للتجاري هو الحكم الصادر في قضية *Smith V. Dravo*، حيث قررت المحكمة "أن أي نوع من المعرفة أو المعلومات تستخدم في تسيير الأعمال يمكن اعتبارها سرا تجارياً" (٣١). كما حددت المحكمة العليا الأمريكية *Supreme Court* تعريفاً للسر التجاري لا يخرج عن التعريف الذي ورد في المدونة (٣٢).

وأخيراً، فلقد أثمرت الجهود التي قامت بها جمعية توحيد قوانين الولايات عن إصدار قانون موحد للأسرار التجارية *Uniform Trade Secret Law*، وذلك في عام ١٩٧٩، والذي تم تعديله في عام ١٩٨٥ (٣٣).

(٣٠) الحكم السابق، في ص ٨٦٤.

(٣١) أنظر:

Smith v. Dravo Corp. 230 F. 2d 369 (7th Circuit 1953).

وبصفة خاصة في ص ٣٧٣، من ذات الحكم.

(٣٢) أنظر على سبيل المثال الحكم الحديث الصادر من المحكمة العليا الأمريكية في هذا الخصوص، وهو حكم:

Aronson v. Quick Point Pencil Co., 440 U.S. 257 (1979).

وبلذات في ص ٢٦٦، حيث قالت المحكمة لن:

"The most commonly accepted definition of trade secrets is restricted to confidential information which is not disclosed in the normal process of exploitation".

(٣٣) أنظر في ذلك:

Michael Epstein, *Modern Intellectual Property* (supplement 1990).

المرجع المشار إليه سابقاً في ص ٥.

ولقد كان هدف هذا القانون هو محاولة توحيد بعض المسائل المتعلقة بالأسرار التجارية في الولايات المختلفة. على أن هذا القانون ليس قانونا فيدراليا، وإنما هو تجميع لمبادئ الشريعة العامة Common Law Principles ، ومن ثم فسيرته أمر اختياري لكل ولاية على حدة (٣٤).

ولقد تكررت المادة الرابعة من الفصل الأول من القانون الموحد تعريفا محددا للأسرار التجارية، فالسر التجاري يعنى المعلومات بما تشمله من تركيبات ونماذج، توليفة معلومات، برامج، آلة، أسلوب، تقنية، وسيلة والتي:

١ - تكون لها قيمة اقتصادية حالة أو ممكنة، وذلك طالما لم تكن معروفة إلا لدى هؤلاء الأشخاص الذين يحصلون على قيمتها الاقتصادية من خلال علمهم واستخدامهم لها، وطالما لم يكن من الممكن للآخرين

أنظر النص الكامل لقانون الأسرار التجارية الموحد (عام ١٩٧٩)، والتعليق عليه موجود في الملحق رقم (A) من الجزء الثاني في مؤلف: Milgrim, Trade Secrets ، المشار إليه سابقا.

(٣٤) وعدد الولايات التي تبنت هذا القانون حتى عام ١٩٩٠ هي تسع وعشرين ولاية، بالإضافة إلى مقاطعة كولومبيا.

أنظر: Michael Epstein: Modern Intellectual Property ، المشار إليه سابقا في ص ٥. وأنظر بصفة خاصة في موضوع قانون الأسرار التجارية الموحد:

Ramon A. Klitzke, The uniform Trade Secret Act, Vol. 64 Marquette Law Review, 24 - 277 (1980).

أيضا:

Thomas Dean Helmholtz, The Uniform Trade Secrets Acts: The Impact its Adoption would Have on Michigan's Common - Law Protection on Trade Secrets and Proposed Modifications for Legislative Consideration, Vol. 63 University of Detroit Law Review, 516 - 336 (1986).

لاكتشافها أو الحصول عليها بوسائل مشروعة؛ و(٢) أن تحاط هذه المعلومات بوسائل معقولة، طبقاً للظروف، للحفاظ على سريتها^(٣٥).

ويتضح أن تعريف الأسرار التجارية أصبح تعريفاً واسعاً في ظل القانون الموحد. فلقد أضاف التعريف الجديد بعض الأمور التي لم تكن موجودة في تعريف مدونة المسؤولية؛ ومن تلك الإضافات: الأسلوب method، والبرنامج Program، والتقنية technique^(٣٦). وهي إضافات جاءت بصفة خاصة لتشمل فكرة المعرفة الفنية Know - How.

كما يلاحظ أن هذا التعريف يستوجب أن تكون للأسرار التجارية قيمة اقتصادية معينة، بحيث تعطى لصاحبها ميزة خاصة في مواجهة المنافسين، وهذا يقتضى ألا يكون السر التجارى معروفاً أو مستخدماً من الكلفة، ولا يقصد بالكلفة هنا جمهور الناس في مجتمع ما، وإنما يقصد بذلك رجال الفن الصناعى في مجال محدد، ومثال ذلك أن وسيلة معينة تستخدم لإعادة تشكيل معدن ما قد تكون مجهولة أو غير شائعة بين الجمهور، ومع ذلك فهي مألوفة لرجال الصناعة، ومن ثم لا تصلح هذه الوسيلة كموضوع لسر تجارى يمكن شموله بالحماية^(٣٧).

(٣٥) انظر المادة الرابعة من الفصل الأول من قانون الأسرار التجارية الموحد السابق الإشارة إليه.
(٣٦) انظر:

في ص ص ٤٤. Melvin Jager, Trade Secret Law Handbook (1984).
(٣٧) المرجع السابق، في ص ٤٤.

وأخيرا، فإن تعريف السر التجارى فى القانون الموحد لا يقتصر فقط على المعارف التى تتضمن عنصرا إيجابيا، بل يتسع ليشمل أيضا المعارف السلبية، ومثال الأخيرة تلك المعلومات التى تعتبر خلاصة بحث طويل وجاد والتى تثبت أن وسيلة أو طريقة معينة لا يمكن أن تحقق النتائج المنشودة؛ فهذه المعلومات تعتبر من الأسرار التجارية حيث أن لها قيمة تجارية أو اقتصادية معينة يمكن من خلالها فيما بعد توفير الوقت والجهد وذلك باستبعاد هذه الوسيلة من النطاق البحثى لعدم جدواها (٣٨). ويعد هذا حكما جديدا يخالف ما كان مستقرا فى القضاء الأمريكى من "أن السر التجارى الذى يمكن حمايته يتعين أن يكون إيجابيا لا سلبيا؛ بمعنى، أن العدالة، لا تحمى المعلومات المتعلقة بالأخطاء التى يمكن تجنبها" (٣٩).

وتذهب الأغلبية الساحقة فى قبة الملكية الصناعية فى الولايات المتحدة إلى المعاملة التامة بين مفهوم ومضمون الأسرار التجارية والمعرفة الفنية. فالمعرفة الفنية - Know - How ما هى إلا سر تجارى Trade Secret (٤٠). بل إن هذين الاصطلاحين يستخدمان فى الكثير من الأحكام (٣٨) المرجع السابق فى ص ٤٤. ونظر أيضا فى مناقشة مدى إمكان حماية المعارف السلبية:

Turner, The Law of Trade Secrets ...

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١١١ - ١١٢.
(٣٩) انظر الحكم الصادر فى قضية:

Accord, Detachable Bit Co. V. Timken Roller Bearing Co., 133 F. 2d 632, 56 U.S.P.Q. 490, 494 (6th. Cir. 1943).
كما هو مشار إليها فى: Jager, Trade Secrets Handbook فى ص ٤٤.

(٤٠) انظر فى ذلك:

Patrick Hearn, The Business of Industrial Licensing (Grower Publication 1986).

وبصفة خاصة فى الفصل السادس من هذا المؤلف تحت عنوان:

القضائية الأمريكية للدلالة على نفس المضمون الواحد (١١). ويترتب على ذلك تماثل النظام القانوني لكل من المعرفة الفنية والأسرار التجارية. فالمعرفة الفنية، وإن كانت اصطلاحاً حديثاً نسبياً، إلا أنها لا تخرج عن السر التجاري الذي عرفته محاكم العدالة منذ زمن بعيد، سواء من ناحية المضمون أو النظام القانوني.

ومع ذلك، فإنه حتى في إطار هذه الأغلبية الفقهية، فإن هناك من يرى أنه على الرغم من وجود تشابه بين الأسرار التجارية والمعرفة الفنية؛ إلا أن هذا التشابه يتعين أخذه بعين الحذر. فثمة اختلاف بين الاصطلاحين من حيث المضمون، وذلك انطلاقاً من الدور الوظيفي الذي لكل منهما في الحياة الاقتصادية. فالمعرفة الفنية يمكن تصورها من خلال حركتها، وبصفة خاصة عند الترخيص باستعمالها أو استغلالها من مشروع ما إلى مشروع آخر، أو من شخص إلى آخر. وعليه، فإن الوسائل والطرق الصناعية مثلاً، والتي يتم الترخيص بها من المشروع للمبتكر لها إلى مشروع آخر، يطلق عليها المعرفة الفنية؛ أما إذا احتفظ الشخص بهذه الطرق والوسائل الصناعية واستخدمها في إطار المشروع بطريقة استثنائية، ودون حصول أى ترخيص للآخرين باستعمالها، ففي هذه الحالة الأخيرة، يمكن أن يطلق على نفس

Know - How and the Law of Trade Secrets ، وبصفة خاصة في ص ص ١٠٢ - ١٠٤ من المؤلف المذكور.
ونظر أيضاً:

Francois Dessemontet, The Legal Protection of Know - How

وبصفة خاصة في ص ص ٢٩ - ٣٠.

(١١) ومثال ذلك الحكم الصادر في قضية Colgate ، والذي أشرنا إليه سابقاً، حيث كانت تعالج المحكمة مسألة Know - How بالمعنى الدقيق، ومع ذلك كانت تتكلم عن Trade Secret ، أنظر:

Colgate - Plamolive Co.,v. Carter Products, Inc. 230 F. 2d 843 (1956).

المعارف لصطلح السر للتجاري. وبعبارة أخرى، فإن المعرفة الفنية في نظر هذا الفقه، ما هي إلا سر تجاري يمكن نقله إلى الغير بطريق العقد (عقد الترخيص)، أما إذا حصل الاحتفاظ به في دائرة الوحدة الانتاجية الأصلية، ودون علم المنافسين به، فهي سر تجاري^(٤١).

والحقيقة إن التفرقة بين المعرفة الفنية والسر التجاري من حيث الأداء الوظيفي والمتمثل في الدور الاقتصادي الذي يلعبه كل منهما، وإن كان واقعا مقبولا، إلا أنه تبقى مع ذلك حقيقة أخرى، وهي أن مضمون ومحتوى المعارف لا يختلف في الحالين. وإذا كان هناك اختلاف، فهو ينحصر في أسلوب الحماية. فإذا حصل ترخيص إلى الغير باستعمال المعلومات الفنية، فإن العقد يكون هو أداة الحماية الأساسية. أما إذا احتفظ المشروع المالك لهذه المعلومات الفنية باستعمالها واستغلالها بطريقة استثنائية داخل أسواره، فإن فكرة الملكية تلعب الدور الأساسي في الحماية باعتبار أن الاستيلاء عليها، دون ترخيص، يعتبر استيلاء غير مشروع على حق من حقوق الملكية^(٤٢).

(٤٢) من أنصار هذا الرأي، أنظر:

James Pooley, Trade Secrets, How to Protect your Ideas and Assets (1982).

وبصفة خاصة في ص ٧ - ٩. وأنظر أيضا:

Harris L.J. and Siegel: Trade Secrets in the Context of Positive Competition,
10 IDE 297 (1966) reprinted in Nurturing New Ideas (183, 691) PP.
82 - 105, at P. 88.

هذا المرجع الأخير إليه مشار إليه في:

Francois Dessemontet, The Legal Protection

لمشار إليه سابقا في ص ٣٢، هامش (٦١).

(٤٣) وأنظر بصفة خاصة في فكرة الملكية كأساس لحماية الأسرار التجارية، عند تخلف أي علاقة ثقة مقالة:

Roman A. Klitzke, Trade Secrets: Important Quasi - Property Rights, Vol. 41
The Business Lawyer, 555 - 570 (February, 1986).

وبصفة خاصة في ص ٥٥٦ - ٥٥٨.

كما ذهب البعض أيضا إلى أن المعرفة الفنية هي من حيث المحتوى أوسع مضمونا من الأسرار التجارية. فالمعرفة الفنية تشمل وفقا لهذا المفهوم كل التقنيات التي تصلح لأن تكون محلا للأسرار التجارية، وتمتد أيضا لتشمل تلك المعارف التي لا تصلح كسر تجارى. فالسر التجارى ينحصر فقط فى طريقة أو وسيلة أو مركب ما، وكذلك فى بعض المعلومات الثانوية الأخرى. أما المعرفة الفنية فهي مجموعة متكاملة من المعلومات والمعارف التي تؤدي إلى ابتكار وتطوير وتصنيع منتج ما، حتى ولو كان جانب من هذه المعارف لا يتسم بالسرية الكاملة^(٤٤).

ويلاحظ على هذا الرأى أنه يعتمد على مدونة المسؤولية فى تعريفه للأسرار التجارية. ومن ثم جاء تحديد السر التجارى بأسلوب ضيق، مما يفضى حتما إلى اعتبار المعرفة الفنية أكثر اتساعا من حيث المضمون. على أن هذا الرأى لم يعد له شأن كبير، بعد صدور القانون الموحد للأسرار التجارية والذي توسع إلى حد كبير فى مضمون المعارف التي تصلح كسر تجارى بحيث أصبح يستوعب أيضا التحديد القضاى للمعرفة الفنية طبقا لهذا الرأى الفقهى. على أن الانتقاد الحقيقى لـ رأى السابق يكمن فى مقولته بأن أحد عناصر التمييز بين الأسرار التجارية والمعرفة الفنية هو

(٤٤) انظر فى عرض هذا الرأى:

Melvin Jager, Trade Secrets Law Handbook,

المشار إليه سابقا فى ص ٣٠ - ٣١.

وأبضا أنظر فى عرض هذا الرأى وانتقاده:

Francois Dessemontet, The Legal Protection. المرجع السابق الإشارة إليه فى

ص ٣٥ - ٣٧.

فكرة السرية؛ فبينما الأولى يتعين أن تكون سرية، فإن الثانية يمكن أن يتسع موضوعها ليضم بعضاً من المعارف التي لا تنتم بصفة السرية. وعليه، توجد الكثير من المعلومات التقنية المستخدمة في الصناعة، والتي لا تعتبر سرا لأنها معروفة وشائعة بين رجال الفن الصناعي؛ وهي معلومات يمكن حمايتها لأنه ينطبق عليها وصف المعرفة الفنية، وإن كانت لا تعتبر سرا تجارياً. على أن القول السابق يجب أن يؤخذ بنوع من الحذر. فصحيح أن هناك بعض المعلومات والمعارف الفنية المستخدمة في إطار المصانع والمشروعات المختلفة، والتي تكون بصفاتها المنفردة غير سرية ومعروفة للرجل المتخصص في الفن الصناعي، إلا أن هذه المعلومات لا يمكن إضفاء الحماية عليها بصفاتها المنفردة، وإن كان من الممكن حمايتها إذا كان مجموع هذه المعارف يشكل توليفة فنية معينة Combination^(٤٥)، فعلى الرغم من أن مكونات أو مفردات هذه التوليفة شائعة وغير سرية، إلا أن التوليفة ذاتها كمجموع عام للمعلومات الفنية يتعين حمايتها لأنها تقود إلى معالجة مشكلة ما بأسلوب غير معروف أو غير ذائع من قبل. فالسرية إذاً حتى في هذه الحالة الأخيرة هي من الخصائص اللازمة للمعرفة الفنية، ولا يوجد اختلاف بينها وبين الأسرار التجارية من هذه الزاوية.

(٤٥) أنظر في مدى حماية التوليفة Combination كمعرفة فنية أو سر تجارى: Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً.

وأنظر في الفقه المصرى، الدكتور حسام عيسى الذى يقول "إن القضاء الأمريكى مستقر على حماية المعرفة الفنية التى تتكون من توليفة جديدة Combination لعناصر تكنولوجية معروفة من قبل. فالجدة هنا تتعلق بالتوليفة ذاتها ولو كانت كل عناصرها معروفة من قبل" أنظر الدكتور حسام عيسى: نقل التكنولوجيا دراسة فى الآليات القانونية المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ١٢٦ ١٢٧.

وأخيراً، فلقد ذهب جانب من الفقه الأمريكى إلى أن مضمون المعرفة الفنية أضيق من محتوى الأسرار التجارية^(٤٦)، فالمعرفة الفنية تتسلى مع الأسرار التجارية من حيث الموضوع - طبقاً لهذا الرأى - إذا ما فصلنا عنها أمرين أساسيين: الأول هو المعلومات للتجارية مثل المعارف الإدارية والتنظيمية، والثانى هو التقنيات الصناعية التى لا يمكن شمولها ببراءة اختراع. وبعبارة أخرى، فالمعرفة الفنية تتسلى مع الأسرار التجارية إذا ما استبعدنا منها كل من المعلومات للتجارية والتقنيات الصناعية أو الأسرار الصناعية التى لا يمكن شمولها ببراءة اختراع^(٤٧).

(٤٦) انظر فى هذا الرأى: Turner الذى يقول:

"The words 'Know - How' are used by the layman to mean all the valuable knowledge which is accumulated by research workers, pilot - plant operators, and others who have produced a new process by means of experimentation and effort. Sometimes the words are used loosely to refer to the process itself, particularly if that process involves the use of a new machine. However, the general usage encompasses valuable knowledge which is an adjunct to the use of a new invention".

انظر: Turner, The Law of Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، فى ص ٣٢.

(٤٧) وقريب من هذا الرأى فى الفقه المصرى، الدكتور ماجد عمار الذى يقول "ومن كل ما سبق نستطيع أن نقرر أن مفهوم المعرفة الفنية Know - How عبارة عن ملكية خاصة تتكون كمجموعة فنية تحتوى على معلومات وأساليب وخبرة فنية معينة، ولا ترقى إلى مستوى الاختراع". انظر الدكتور ماجد عمار، عقد الترخيص الصناعى المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ١٦٧. أما الدكتور سميحة القليوبى فتذهب إلى القول بأن "التكنولوجيا هى التطبيق العملى لهذه الأبحاث العلمية، وهى وسيلة للوصول إلى أفضل للتطبيقات لهذه الأبحاث العلمية. إذا هناك البحث العلمى النظرى فى ناحية والتطبيق العلمى من الناحية الأخرى. هذا التطبيق الفنى وفقاً لما سبق هو للتكنولوجيا، وهى المعرفة الفنية وفق أبسط التعريفات". انظر الدكتور سميحة القليوبى تقييم شروط للعقود ... المقالة المشار إليها سابقاً فى ص ١٠٦.

والرأى السابق منتقد من ناحيتين: فمن ناحية أولى، أن عقود نقل المعرفة الفنية عادة ما تضم شروطا صريحة تقضى بالحفاظ على سرية كل من المعارف أو المعلومات الصناعية، وأيضا المعلومات الأخرى المرتبطة بتنظيم إدارة الإنتاج وتسويق المنتجات^(٤٨). وهذا في ذاته دلالة على مدى ارتباط الأسرار غير الصناعية بفكرة المعرفة الفنية. ومن ناحية ثانية، فإن الرأي القائل بأن التقنيات الصناعية التي لا يمكن تغطيتها ببراءة اختراع لا يمكن أن تصلح موضوعا للمعرفة الفنية هو قول يجافى الحقيقة. ذلك أن ابتكارا ما قد لا يصل إلى الدرجة التي تجعله يرقى إلى مستوى تغطيته ببراءة اختراع، وذلك لفقدانه، مثلا، درجة الجودة المطلوبة لشموله بالبراءة، ومع هذا قد تكون له قيمة معينة في الصناعة أو في العمليات الانتاجية وبالتالي يصلح لأن يكون محلا للمعرفة الفنية، ويتم الترخيص به للغير^(٤٩).

والخلاصة أن الفقه الراجح وكذلك الأحكام الأمريكية في مجموعها تساوى بين كل من مفهوم الأسرار التجارية والمعرفة الفنية من حيث الموضوع. فالمعرفة الفنية لا تقتصر فقط - كما يرى البعض - على المعرفة أو الأسرار الصناعية Industrial Know - How ، ولكنها تشمل

(٤٨) انظر في هذا المعنى:

McIvin Jager, Trade Secrets Law Handbook

المرجع المشار إليه سابقا في ص ٣٥.

(٤٩) انظر في هذه الفكرة:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثاني، في ص ٨٥ - ٨٦. انظر أيضا :

Michael Epstein, Modern Intellectual Property

المرجع المشار إليه سابقا في (Supplement 1990)، في ص ٢١ - ٢٢.

أيضا المعلومات أو المعارف التجارية أو ما يطلق عليها بالانجليزية Trade Know - How . فالمعرفة الفنية لا تنحصر فى التقنيات التى تؤدى إلى اخراج منتج معين، وإنما تمتد لتشمل المعلومات التجارية التى تساعد على إدارة وتنظيم العملية الانتاجية، مثل المعلومات التى تسهل عمليات التسويق للمنتجات والإعلان عنها وقوائم العملاء، وغيرها (٥٠).

على أن المعرفة الفنية سواء كانت تتجسد فى شكل أسرار صناعية أو أسرار تجارية، فإنه يتعين أن تتوفر لها خصائص أو شروط معينة، حتى تصلح موضوعا للحماية القانونية. فلا بد أن تكون المعرفة الفنية ذات قيمة، وأن تتوفر على نوع من الجودة، وفوق كل ذلك أن تتمتع بالسرية. وفيما يلى نوضح المقصود بهذه الشروط.

(٥١) والواقع أن هذا التعريف الواسع للمعرفة الفنية يقترب بشكل كبير من تعريف الدكتور حسام عيسى للمعرفة الفنية حيث يقول إنها عبارة عن "مجموع المعارف التكنولوجية النظرية والعملية، والصناعية والإدارية، الجديدة والقابلة للانتقال، والتي تحتفظ بها المشروعات بشكل سرى، وغير المشمولة ببراءة اختراع" أنظر الدكتور حسام عيسى: نقل التكنولوجيا، دراسة فى الآليات، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٣٠. ومع هذا فإن بعض التعريفات الأخرى التى تحدد مفهوم المعرفة بالمعارف التى تقبل للتطبيق الصناعى كالتى أورده الدكتور يوسف الأكيلي، حيث يقول إن المعرفة الفنية هى "مال منقول معنوى ذو طابع سرى وغير مشمول بحماية قانونية خاصة"، وتجدر الإشارة أن حق المعرفة الفنية لا يختلف عن براءة الاختراع، فكلاهما من الناحية الفنية عبارة عن التطبيق العملى للأفكار والنظريات العلمية. وبالتالي فكلاهما يساعد على نقل التكنولوجيا، غير أنه يبقى الفرق بينهما فى أن حق المعرفة Know - How غير مشمول بحماية قانونية خاصة خلافا لبراءات الاختراع.

أنظر الدكتور يوسف الأكيلي، النظام القانونى لعقود نقل التكنولوجيا، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٥١ - ١٥٢. كما يتبنى أيضا الأستاذ الدكتور محسن شفيق تعريفاً ضيقاً حيث يقول "التكنولوجيا والحاصل كذلك هى مجموعة معلومات تتعلق بكيفية تطبيق نظرية علمية أو اختراع، أى أنها الجانب التطبيقي العلم، ويطلق عليها فى الاصطلاح الدارج Know - How (حق المعرفة)".

٢ - شروط المعرفة الفنية:

(أ) - شرط استعمال القيمة Use, Utility and Value :

يشترط لوجود المعرفة الفنية أن يحصل استخدام لها، على الأقل في داخل المشروع. ومن ثم فلا توجد حماية على مجرد الأفكار التي لا يمكن وضعها في حيز التنفيذ العملي، إذ لا يكفي أن تكون الفكرة المعية المستوى Flash of genius ، بل يجب أن تؤتى ثمارها للعملية (٥١). وفي هذا الاضطرار تقارب بين النظام القانوني لبراءات الاختراع، وبين ذلك الخاص بالمعرفة الفنية. فالقانون الأمريكي يشترط لتغطية اختراع ما بالبراءة أن يكون قد تم وضع هذا الاختراع أو الفكرة الابتكارية فيه موضع التنفيذ على الأقل ولو لمرة واحدة قبل التقدم بطلب الحصول على البراءة، وهذا ما يعبر عنه بالقدرة على تنفيذ الاختراع عمليا أو reduction to practice (٥٢) .

والواقع أن اشتراط أن تكون المعارف أو المعلومات الفنية قابلة للتنفيذ العملي أمر ضروري للحماية (٥٣)، لأن محاكم العدالة equity courts لا

(٥١) انظر في هذا المعنى:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How

المرجع المشار إليه سابقا، في ص ٢٠٣.

(٥٢) انظر في معالجة معنى نفعية الاختراع اللازم لإصدار البراءة:

Choate & Francis, Patent Law (1981). في ص ٣٧٨. وراجع الأحكام القضائية

الكثيرة والهامة التي وردت فيه والتي تعالج هذه المسألة في ص ٣٧٩ -

٤١٠. ولنظر في مفهوم reduction to practice ، نفس المرجع في ص ١٤٠ وما بعدها.

(٥٣) وفي ذلك يقول Turner :

"In conclusion it may be said, therefore, that, despite constant references to the need for "concreteness", all that is needed of an industrial idea if it is protected, is that it shall have been worked out sufficiently so that when put into practice to problems remain to be solved except those which any

يمكنها أن تضيف أية حماية إلا إذا كانت المعرفة الفنية ذات نفع ما، ليس فقط بالنسبة لتقدير المالك لها، وإنما أيضا للمجتمع في مجموعه^(٥٤). ولا يتأتى ذلك إلا إذا كانت هذه الأفكار يمكن تنفيذها عمليا. ومن ثم فلقد ذهب البعض إلى القول بأنه يشترط أيضا لحماية المعرفة الفنية أن تكون قابلة للانتقال، من خلال العقد مثلا، من مشروع لآخر، حتى تتحقق فكرة فائدتها النفعية. على أن ما يشترط في هذه الحالة هو (القابلية) للانتقال، حتى ولو لم يتحقق ذلك فعلا، وهو أمر متصور في الكثير من الأحوال التي يرى فيها المشروع المالك للمعرفة الفنية الاستئثار بها في إطاره الداخلي، دون الترخيص للآخرين باستعمالها^(٥٥).

على أن المقصود بالاستعمال الذي يعطى المعرفة الفنية نفعية معينة هو ذلك الاستعمال الفعلي أو الواقعي Actual Use، بحيث تعطى للمالك ميزة اقتصادية فوق منافسيه^(٥٦)؛ ومن ثم فلا يشترط أن يكون

competent technical man is capable of solving. Models are therefore not required, though of course a model is of great use in proving beyond a peradventure that the problems of practical application have indeed been solved at the time of disclosure".

نظر:

Turner, The Law of Trade Secrets, المرجع المشار إليه سابقا في ص ٥١.

(٥٤) أنظر في هذا المعنى:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How

المرجع المشار إليه سابقا في ص ٢١١ - ٢١٢.

(٥٥) أنظر في عرض هذا الرأي ولورد عليه:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How

السابق الإشارة إليه في ص ٤٣ - ٤٤.

(٥٦) أنظر في هذه الفكرة:

James A. Sheridan, Attorney's Guide to Trade Secrets, (CEB, 1992).

استعمالها على نطاق واسع، أو أن يتم استغلالها فى الانتاج بكميات ضخمة، أو أن تستغل تجاريا بأقصى الدرجات. ويترتب على ذلك أنه لا يشترط أن تكون المعرفة الفنية قد وصلت إلى أقصى درجة من درجات التكمال، أو ذروة التقنية. ذلك أن كلا من الفقه والقضاء الراجح فى الولايات المتحدة يؤكدان على حبلية المعرفة الفنية حتى وهى قيد البحث والتطوير، وفى هذا اختلاف مع نظام براءات الاختراع.

فالاختراع لا يكون جديرا بمنح البراءة عنه إلا إذا كانت نتائجه مؤكدة، وثبتت فعالية استعماله *Used effectively* (٥٧).

ومن ثم لا يصلح محلا للبراءة المعلومات التجريبية، بينما تكون النتائج المتحصلة من بعض التجارب موضوعا للمعرفة الفنية. فالأبحاث قد تمر بمراحل عديدة، يمكن معها الحصول على نتائج معينة من خلال كل مرحلة. هذه المعلومات التجريبية التى يتم التوصل إليها خلال مرحلة بحثية ما، قد تكون بذاتها مفيدة ومؤدية إلى إدخال تحسينات على منتجات معينة قائمة أو خلق منتجات جديدة، وإن لم تكن بذاتها هى النتائج النهائية المنشود الوصول إليها. وبالتالي فإن المعلومات والنتائج التى يتم الحصول عليها، وإن كانت مجرد حلقة فى سلسلة متصلة من التجارب التى تستهدف الوصول إلى شكل متكامل للمعرفة الفنية، إلا أنها تحقق فوائد عديدة للمشروع

== وبصفة خاصة فى ص ص ٣٠ - ٣١. ويعبر هذا المؤلف عن هذه الميزة التنافسية بأن للسر التجارى قيمة اقتصادية مستقلة *an independent economic value*، انظر ص ٣٠ من ذات المؤلف. (٥٧) انظر فى هذا المعنى:

Choate & Francis, Patent Law المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٣٧٨.

وتتمهه بقدرة تنافسية في مواجهة المشروعات الأخرى، بل وقد تعطيه أيضا قيمة اقتصادية معينة من خلال قيامه بالبدا في العملية الانتاجية بناء على ما حققته هذه التجارب الأولية، مع استمرار العملية البحثية إلى غايتها لبلوغ معلومات فنية ذات درجة عالية من التقدم والتكامل^(٥٨). والدليل على وجوب إدراج هذه المعلومات البحثية في نطاق المعرفة الفنية هو وجود الكثير من عمليات التجسس الصناعي التي تستهدف الاستيلاء على المعلومات التجريبية من داخل المشروعات ذاتها، وفي هذا برهان على قيمة هذه المعلومات^(٥٩). أضف إلى ذلك أنه لو لم يصح القول بإدراج هذه المعلومات التجريبية في عداد المعرفة الفنية المشمولة بالحماية القانونية لأدى ذلك إلى تقاعس المشروعات المختلفة عن مواصلة الأبحاث والتجارب القائمة والتي ما زالت في حاجة إلى مزيد من الابتكار، والبدا في عملية الانتاج بأسرع درجة ممكنة تطبيقا للمعلومات الأولية التي تم التوصل إليها، وذلك بالإسراع باستعمالها للدخول في الاستغلال التجاري لها، حتى ولو كان ذلك على حساب الجودة النهائية المرجوة للمنتج^(٦٠).

(ب) شرطا الجدة Novelty والأصالة Originality :

الجدة Novelty هي من الشروط الجوهرية التي يتعين توفرها في الاختراع لكي يمكن شموله بالبراءة. وعادة ما تحدد القوانين المختلفة

(٥٨) أنظر في معنى قريب:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل

الثاني في ص ص ٥٣ - ٥٥.

(٥٩) أنظر في ذلك:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How

المرجع المشار إليه في ص ٢١٥.

(٦٠) المرجع السابق، في ص ٢١٧.

لبراءات الاختراع شروطاً محددة لجدة الاختراع؛ فإن تخلف أحد هذه الشروط لتفت عن الاختراع صفة الجدة. والقانون الأمريكي الخاص ببراءات الاختراع Patent Law يحدد شروطاً شكلية وأخرى موضوعية لجدة الاختراع^(٦١). فلما عن الجدة من الناحية الشكلية، فيتعين ألا يكون قد سبق نشر الاختراع أو استعماله لمدة عام سابقة على طلب البراءة. فالاختراع الذى يستوفى هذه الشروط يكون متوافراً على ما يسمى بالجدة الشكلية formal novelty، وهى جدة ينبغي للبحث عنها قبل النظر فيما إذا كان للاختراع جدة موضوعية^(٦٢). أما الجدة الموضوعية Objective Novelty فمعناها أن يشكل الاختراع ابتكاراً يكون من الناحية الفعلية غير معروف بالمقارنة بحالة الفن الصناعى State of Art السائدة فى وقت ما^(٦٣). وبعبارة أخرى، أن يمثل الاختراع قفزة معينة بالنسبة للفن الصناعى السائد. على أن القانون الأمريكى أضاف شرطاً آخر بجانب هذه الجدة الموضوعية حيث يتعين ألا يكون من السهل التوصل إلى الاختراع من جانب الرجل المتخصص وطبقاً لمعطيات الفن الصناعى فى لحظة زمنية معينة، ويعبر عن ذلك اصطلاحاً فى قانون براءات الاختراع الأمريكى بالألا يكون الاختراع من الواضح not obvious بحيث لا يكون اكتشافه قريب المنال بالنسبة للشخص المتخصص^(٦٤).

(٦١) انظر فى شروط منح براءة الاختراع فى القانون الأمريكى:

Choate & Francis, Patent Law ... للمرجع المشار إليه سابقاً فى الفصل الثانى من المؤلف وذلك فى ص ٨٤ وما بعدها.

(٦٢) انظر فى شرح الشروط الشكلية للبراءة، المرجع السابق، فى ص ٣٦٦ - ٣٧٥.

(٦٣) انظر فى فكرة الحالة السائدة فى الفن الصناعى، المرجع السابق، فى ص ٣٦٦ - ٣٧٥.

(٦٤) انظر فى شرح هذا الشرط، المرجع السابق، فى ص ٣٥٦ - ٣٦٦.

على أنه يجب عدم الخلط بين جدة الاختراع نفسه، والفكرة الابتكارية أو النشاط الابتكاري الذي يمثل موضوع الاختراع innovation أو ما يطلق عليه أحيانا inventive activity . فالفكرة الابتكارية تعبير عن أصالة الاختراع، ودرجة الابتكار التي يمثلها. ومن ثم فإن الكلام عن جدة الاختراع لا يتطلب بالضرورة فحص الفكرة الابتكارية. فقد تكون الفكرة الابتكارية بسيطة، ومع ذلك تعتبر متوفرة على الجدة لأنها تشكل تقدما عما هو سائد في الفن الصناعي، بغض النظر عن درجة هذا الاختلاف^(٦٥).

ولكن هل تنطبق نفس الأفكار الخاصة بالجدة، وفقا للمعنى المحدد في قانون براءات الاختراع، على المعرفة الفنية؟

بصفة عامة، فإن جدة المعرفة الفنية ليست شرطا لحمايتها، وذلك على عكس السرية التي تعتبر جوهر هذه الحماية. فالتضاء الأمريكي، كقاعدة عامة، لا يشترط جدة لحماية المعرفة الفنية؛ أي لا يشترط أن تشكل المعرفة الفنية تقدما ملحوظا عن السائد في الفن الصناعي^(٦٦). ومع

(٦٥) أنظر في مفهوم الابتكار في مجال براءات الاختراع: المرجع السابق، في ص ٨٤ - ٨٧، والأحكام القضائية للكثرة المشار إليها فيه، في ص ٨٨ - ١١٦ من نفس المرجع. وفي الفقه المصري: أنظر: للدكتور محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، (دار النهضة العربية ١٩٧١) في ص ٥٧ - ٦٧؛ أنظر أيضا:

الدكتور سميرة القليوبى، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية - بدون سنة النشر) في ص ٥٨ - ٦٤.

(٦٦) أنظر في هذا المعنى الأحكام القضائية العديدة التي أشار إليها Milgrim، ومن أمثلتها:

هذا فقد تتطابق فكرة الجدة اللازمة للاختراع مع فكرة الجدة فى المعرفة الفنية، وذلك فى الحالة التى يكون فيها الاختراع المراد حمايته متوفرا على الشروط اللازمة لشموله ببراءة اختراع، إلا أن صاحبه يؤثر الاحتفاظ به سرا تحت مظلة الأسرار التجارية (أو المعرفة الفنية). فى هذه الحالة يكون للمعرفة الفنية نفس طابع الجدة الموجود فى الاختراع الجدير بالبراءة (٦٧).

أما خارج الحالة المذكورة، فإن القضاء الأمريكى لا يشترط ضرورة توافر الجدة بمعناها الموضوعى بالنسبة للمعرفة الفنية. بمعنى أنه لا يشترط أن تكون المعلومات أو المعارف المكونة للمعرفة الفنية مختلفة اختلافا بينا عن حالة الفن الصناعى السائد. فقد تكون هذه المعارف معروفة من قبل، ومع هذا توصل إليها شخص آخر بطريقة مستقلة تماما. هنا تجوز الحماية، طالما أن المعرفة ما زالت محتفظة بعنصر السرية، حتى ولو كان آخرون قد سبقوا إلى التوصل إليها (٦٨). أضف إلى ذلك، أنه قد

Sinclair v. Aquarius Electronics, Inc., 42 Cal. App. 3d 216, 116 Cal. Repr. 645, 184 U.S.P.Q 682, 684 (1st. Dis. 1974); Data Gen. Corp. v. Digital Computer Controls, Inc. - A. 2d, 188 U.S.P.Q 276, 280 (Del. Ch. 1975).

هذين الحكمين وغيرهما مشار إليهما فى:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا (الجزء الأول).

الفصل الثانى فى ص ٨٥ - ٨٦ (هامش ٩).

(٦٧) نَظَر فى هذا المعنى:

Milgrim, Trade Secrets المرجع السابق، الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ٨٤.

(٦٨) نَظَر فى هذا المعنى:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٩٦ - ١٩٧ ونَظَر أيضا فى معنى الجدة المقصود للمعرفة الفنية أو الأسرار التجارية:

James Sheridan, Attorney's Guide to Trade Secrets

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٢٩ - ٣٠.

توجد معلومات أو معارف معينة معروفة لجميع المشتغلين بالفن الصناعي، ولكن شخصاً ما استطاع استخدام نفس هذه المعلومات والمعارف لمعالجة مسألة ما بطريقة أو بأسلوب لم يكن معروفاً، ولم يكن من السهل على الرجل المتخصص في ذات الفن الصناعي إدراك استخدام نفس التقنيات المعروفة للتوصل إلى نفس النتيجة. فهذا التطبيق الجديد لوسائل أو معارف معلومة من قبل يعتبر من قبيل المعرفة الفنية. وبعبارة أخرى، فالجدة التي تشترط لحماية المعرفة الفنية هي جدة نسبية^(٦٩).

على أنه يلاحظ أيضاً أن المعرفة الفنية يجب أن تتوفر على قدر من الأصالة Originality ، ^(٧٠) ولا يقصد بذلك أن تشكل المعرفة الفنية ابتكاراً invention كذلك الذي يتطلبه قوانين براءات الاختراع، ولكن كل ما هناك أن يتعين أن تمثل المعرفة الفنية اكتشافاً ما Discovery.

ومع هذا ذهب رأى مرجوح في كل من الفقه والقضاء الأمريكي إلى أن المعرفة الفنية لا يشترط أن تتوفر على اكتشاف ما. ويدعى أصحاب هذا الاتجاه أن الأصالة ليست مطلوبة في المعرفة الفنية لأن حق مالكيها

(٦٩) انظر في هذا المعنى:

..... Milgrim, Trade Secrets (المشار إليه سابقاً (الجزء الأول)، الفصل الثاني،

في ص ص ٩١ - ٩٤. وانظر معنى قريب، Ridsalle Ellis, Trade Secrets

المرجع المشار إليه سابقاً في ص ٢٦.

(٧٠) وانظر في التفرقة بين الأصالة، الاكتشاف، والسرية:

..... Dessemontet, The Legal Protection of Know - How (المشار إليه سابقاً في

ص ص ١٩٦ - ١٩٨.

أضعف كثيراً من حق المخترع، فهو حق هش بمقارنته بحق الاحتكار الناشئ عن منح البراءة. أضف إلى ذلك، أن الحماية المرجوة للمعرفة الفنية ليس هدفها أصلاً مكافأة من توصل إليها أو لتشجيعه على بحثه أو ابتكاره، ولكن الحماية تمنح لاعتبارات اقتصادية أساساً، وهى حمايته فى مواجهة أشخاص معينين، هم منافسوه، وتمكينه من استخدام المعارف التى توصل إليها بغض النظر عن أصلاتها لإكسابه ميزة تنافسية فى مواجهة أقرانه. وعليه، فطالما أن الهدف المباشر لحماية المعرفة الفنية ليس هو مكافأة الخلق والابتكار، فلا يوجد داع لاشتراط أى عنصر من عناصر الأصالة فيها^(٧١). ويستند هذا الرأى إلى الحكم الصادر فى قضية Sarkes Tarizan^(٧٢) والذى قالت فيه المحكمة بأنه "لكى يوجد سر تجارى Trade Secret ، فلا بد من توفر اكتشاف ما. ومع ذلك، فإنه لا يمكن القول بوجود اكتشاف عندما يقوم شخص باستخدام معارف معلومة لتطويع طريقة أو وسيلة ما يمكنها تحقيق نتائج معينة"^(٧٣). ومقتضى هذا الحكم أن السر التجارى قد يمثل اكتشافاً، وقد لا يصل إلى هذه الدرجة ومع هذا يكون جديراً بالحماية.

(٧١) انظر فى عرض هذا الرأى، والرّد عليه، Dessemontet ، المرجع السابق، فى ص ٢٠٠ - ٢٠٢.

ومن أقصّر هذا الرأى:

.... Epstein, Modern Intellectual property المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ص ٢١ - ٢٢.

(٧٢) انظر قضية

Sarkes Tarizan, Inc. v. Audio Devices, Inc. 119. USPQ 20 (1958, SD, Cal.)

كما هو مشار إليه فى Dessemontet ، السابق فى ص ١٩٩ (هامش ٤٩).

(٧٣) الحكم السابق فى ص ٣٠.

والرأى السابق ليس من الحقيقة فى شئ. ذلك أن عنصر الأصالة يتعين توفره فى المعرفة الفنية. فعنصر الأصالة موجود فى كل فروع الملكية للذهنية Intellectual Property ، وإن كان بمعان وبدرجات مختلفة. فمثلا، فى مجال براءات الاختراع يتعين لكى يكون الاختراع أصيلا أن يتضمن نشاطا ابتكاريا معينا، وفق ما نشرنا إليه من قبل؛ وفى مجال حقوق المؤلف، فإنه يقصد بالأصالة أن يكون التعبير عن الأفكار منسوباً بصدق إلى شخص المؤلف، أى أن خلق العمل الفنى أو الأدبى منسوب إلى شخصه authenticity of creation^(٧٤). أما فى مجال المعرفة الفنية، فيقصد بالأصالة أن تشكل هذه المعارف اكتشافا معينا، وإن لم يكن بذاته يمثل أى اختلاف عن حالة الفن الصناعى السائد، إلا أن طريقة استعماله أو أسلوب الاستفادة منه لم يكن فى متناول الآخرين فى نفس المجال^(٧٥).

ولقد استطاعت إحدى المحاكم الفيدرالية الأمريكية أن توجز بحق الاختلاف بين عنصر الأصالة اللازم للحصول على براءة الاختراع،

(٧٤) أنظر Dessemontet ، المرجع السابق فى ص ص ١٩٧ - ١٩٨.

(٧٥) فى هذا المعنى أنظر:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ص ٨٨ - ٨٩. ويقول الدكتور حسام عيسى أن معيار جودة المعرفة الفنية هو معيار ذاتى وذلك طالما أن المعارف التكنولوجية التى يستخدمها مشروع معين غير متاحة للمشروعات الأخرى العاملة فى نفس الفرع الإنتاجى أو لمعظمها على الأقل، وطالما أن هذه المشروعات لا تستطيع التوصل إلى هذه المعارف إلا ببذل جهد يتطلب المال والوقت، فإنه يمكن إدراج هذه المعارف فى إطار المعرفة الفنية. - وهذا المعنى للجدة فى مجال المعرفة الفنية هو ما يأخذ به القضاء الأمريكى ..

أنظر الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا المرجع السابق الإشارة إليه فى ص ١٣٦.

والأصالة اللازمة للحصول على حماية المعرفة الفنية. ففي قضية (٧٦).
 Smith Corp. v. Petroleum قالت المحكمة بأنه "حتى يكون الشخص جديراً
 بالبراءة، فلا بد من وجود اختراع أو ابتكار. فيجب على طالب البراءة أن
 يكون قد مارس نوعاً من الجهد الابتكاري والذي قد يتمثل في فكرة
 ألمعية، إلهام، تخيل والذي لا يمكن لشخص عادي في نفس النشاط المهني
 أن يمارسه ... ومع ذلك، فإن طريقة ما يمكن، إذا ظلت في طي الكتمان،
 شمولها بالحماية على الرغم من عدم احتوائها على أي فكرة ابتكارية. وتشير
 بعض الأحكام إلى أن هذه الطريقة يتعين أن تشمل على جانب من الأصالة
 بما تمثله من اكتشاف. على أن الاكتشاف أقل درجة من الاختراع.
 فالاختراع يتطلب العبقرية، التخيل، الإلهام أو أي وسيلة أخرى تؤدي إلى
 ميلاد فكرة ابتكارية. أما الاكتشاف فقد يكون نتيجة الصناعة، التطبيق
 العملي، أو حتى محض الصدفة ... ولا يمكن التقليل من أهمية الاكتشاف
 الذي يؤدي إلى إحداث نتائج غير معروفة من قبل لمجرد أن الوسائل أو
 المعارف التي تم للتوصل من خلالها إلى تحقيقه هي وسائل معروفة أو في
 متناول الجميع، إذ أن عدم إضفاء وصف الاكتشاف على النتيجة في هذه
 الحالة معناه استفادة المنافسين من ميزة جديدة غير واضحة لهم من قبل،
 فيستفيدون، بدون مبرر، من الجهد والمال الذي أنفقه المكتشف" (٧٧).

وبعبارة وجيزة، فإن المعرفة الفنية تتوفر على قدر من الأصالة، أي
 كان هذا القدر؛ وخاصة أن هذه المعارف الفنية يتم للتوصل إليها، عادة، بعد

(٧٦) أنظر الحكم الصادر في قضية:

A.O. Smith Corp. v. Petroleum Iron Works Co., 73 F. 2d, 431 (6th Cir.
 1934).

(٧٧) الحكم السابق في ص ٥٣٨ - ٥٣٩.

بذل الكثير من الجهد البحثي المكثف، ورصد الأموال الضخمة في سبيل تطويرها (٧٨). بل إن الواقع العملي يشهد بأن الكثير من المعارف الفنية السائدة حالياً تشكل انقلاباً تكنولوجياً كبيراً، وهي تفوق، من حيث المحتوى، حتى الكثير من الاختراعات المشمولة ببراءة اختراع. وأخيراً، فإن القول بأن المعرفة الفنية لا تمتد حمايتها إلا في مواجهة أشخاص محددين على عكس البراءة التي تؤدي إلى احتكار في مواجهة الجميع، هو قول يجافي الحقيقة لأن حماية المعرفة الفنية هي حماية في مواجهة الكافة، حتى ولو كانوا حنئ النية، ما عدا هؤلاء الذين قلموا بالتوصل إليها بطرق مستقلة تماماً (٧٩).

(ج) شرط السرية Secrecy

(١) مضمون سرية المعرفة الفنية:

كانت الأحكام القضائية الأمريكية، والتي صدرت في أواخر القرن الماضي، تأخذ بمفهوم مطلق للسرية absolute secrecy، بمعنى أن تكون هناك سرية كاملة Complete Secrecy حتى يمكن القول بوجود سر تجارى. والواقع إن هذا المفهوم المطلق للسرية كان يتناسب مع الأشكال البسيطة للمشروع الرأسمالي، والتي كانت سائدة في هذه الحقبة الزمنية. فلقد كان عدد العاملين في المشروع صغيراً جداً، بالمقارنة لما هو عليه الآن، ثم

(٧٨) انظر في ذلك:

..... Turner, The Law of Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، في ص

١٠٧، وما بعدها.

(٧٩) انظر في هذه الفكرة الأخرى:

..... Dessemondet, The Legal Protection of Know - How المرجع المشار إليه

سابقاً في ص ٢٠١.

إن ظاهرة انتقال العمالة بين المشروعات المختلفة والمتجانسة في نوعية النشاط لم تكن بنفس الصورة التي عليها الحال اليوم. أضف إلى ذلك أن التقنيات والمعارف الفنية لم تكن على نفس القدر من التعقيد الذي هي عليه اليوم. كل هذه العوامل كانت تسمح للمشروع الفردي بالحفاظ على سرية المعلومات بطريقة كاملة، بل إن مالك المشروع نفسه كان هو الوحيد، في بعض الأحوال، الذي تظل المعلومات الفنية بحوزته، وكانت تتوارث بين الأجيال وفي إطار العائلة الواحدة..

ومن ثم فقد كان استلزام السرية المطلقة لوجود السر التجاري أو المعرفة الفنية أمراً منطقياً^(٨٠). أما في وقتنا الحالي، فإن الأمور جد مختلفة. ذلك أن العملية الإنتاجية تتطلب تقسيم العمل على نحو شديد التخصص، بما يتيح الفرصة أمام الكثيرين من العاملين داخل المشروع للوصول إلى المعرفة الفنية المستخدمة، أو على الأقل على جانب منها؛ وهذا في حد ذاته يزيد من احتمالات تسريبها إلى المشروعات المنافسة عن طريق أحد هؤلاء العاملين الذي قد ينتقل للعمل في واحد من هذه المشروعات المنافسة، أو حتى عن طريق أحد هؤلاء العمال الذي قد يتآمر مع مشروع منافس وينقل إليه ما علمه من أسرار تجارية^(٨١).

(٨٠) أنظر في هذا المعنى:

Dessmontet, The Legal Protection of Know - How

سابقاً في ص ص ١٢٩ - ١٣٠.

(٨١) أنظر في هذه الأفكار:

Arthur Seidel, What the General Practitioner Should Know about Trade Secrets and Employment Agreements, (1984).

وبصفة خاصة في ص ص ٢١ - ٢٢.

وأنظر بصفة خاصة في اتفاقات العاملين بعدم منافسة رب العمل مالك الأسرار التجارية:

بل إن مالك المعرفة الفنية قد يقوم بالترخيص باستعمالها للغير، ويدخل في العديد من العلاقات التعاقدية من هذا النوع، والذي يتيح للآخرين فرصة العلم بتفاصيل هذه الأسرار التجارية^(٨٢). وعليه، فإن اشتراط السرية المطلقة لحماية المعرفة الفنية أصبح أمرا غير وارد في ظل الظروف الاقتصادية والقانونية الحديثة.

فليس المقصود من سرية المعرفة الفنية إذا أن يقتصر العلم بها على شخص واحد أو أشخاص محددين فقط، بل المقصود بذلك ألا يمتد العلم بها إلى المشتغلين في فن صناعي معين، بحيث تكون في متناول الجميع دون قيد، ودون أن يمثل ذلك أي اعتداء على حقوق المالك الأصلي.

وبعبارة وجيزة فسرية المعرفة الفنية هي سرية نسبية من حيث الأشخاص، أي من الممكن ألا يقتصر العلم بها على شخص واحد فقط، بل إن نسبية السرية من حيث الأشخاص لا تنصرف فقط إلى إمكان اتصال العلم

E. Frank Cornelius, Michigan's Law of Trade Secrets and Covenants not to Compete: Chapter Two, Vol. 66 University of Detroit Law Review, 33 - 47 (1988).

أنظر أيضا:

Myrphy Rradio, Balancing Employer's Trade Secret Interests in High-Technology Products against Employees' Rights and Public Interests in Minnesota, Vol. 69 Minnesota Law Review, 984 - 1006 (1985).

(٨٢) أنظر في ذلك:

Patrick Hearn, The Business of Industrial Licensing

المرجع المشار إليه سابقا، في ص ص ١٠٤ - ١٠٥.
ولنظر أيضا:

James A. Sheridan, Attorney's Guide to Trade Secrets.

وبصفة خاصة في ص ص ٣٨ - ٣٩.

بها إلى أكثر من شخص، بل تشير أيضا إلى نسبية الاستثنائ بها. فهناك شبه اجماع من كل من المحاكم والفقه الأمريكيين إلى أن ملك المعرفة الفنية ليس له احتكار يخوله مكنة الاستثنائ باستعمال نفس المعرفة الفنية التي يقوم شخص آخر أو حتى عدة أشخاص آخرون بالتوصل إليها بطرق مستقلة تماما عن المالك الأول لها (٨٣). بل إن هؤلاء الآخرين لا يستطيعون من باب أولى منع المالك الأول للمعرفة الفنية من الاستمرار في استعمالها. وعليه، فإنه من الفروض الشائعة، أن نجد أكثر من شخص أو مشروع يمكنه امتلاك نفس المعلومات والمعارف الفنية، ولا يطعن ذلك في سريتها طالما أن كلا منهم يستخدمها في إطار من الكتمان، بل إنه يجوز لأى منهم الترخيص باستعمالها للآخرين ولا يؤدي ذلك إلى التفريط في السرية، وذلك لانترام المرخص لهم بالكتمان (٨٤).

(٨٣) انظر في ذلك:

Desscomiet, The Legal Protection of Know - How
سابقا في ص ١٢١ - ١٢٢.
انظر أيضا

James G. Staples & Leslie Bertagnoli, Know - How in the united States, in
"The Know - How Contract in Germany, Japan, and the United States (edited
by Herbert Stumph 1984).

وبصفة خاصة في ص ٢٦٠ - ٢٦١.

انظر في معنى قريب الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات ... حيث يقول بأنه لا يشترط أن تكون السرية مطلقة، بمعنى أن تكون المعارف التكنولوجية المكونة للمعرفة الفنية احتكرا خالصا لمشروع واحد يستبقها ليستغلها وحده فمن المتصور مثلا أن تنتج المعرفة الفنية عن بحث مشترك recherche commune بين مشروعين مختلفين. كما أنه من المتصور أيضا أن يتوصل أكثر من مشروع إلى نفس المعرفة الفنية في وقت واحد من خلال البحث المنظم أو الخبرة العملية. ومع ذلك تبقى السرية قائمة في كل هذه الحالات طالما بقيت هذه المعارف غير متاحة لباقي المشروعات العاملة في نفس المجال الانتاجي. انظر ص ١٢٣ من ذات المرجع.

(٨٤) انظر في ذلك:

والسرية كما هي نسبية من حيث الأشخاص، فهي أيضا نسبية من حيث الموضوع. فلا يشترط أن تكون جميع عناصر المعرفة سرية أو غير معلومة بطريقة عامة للمشتغلين في فن صناعي ما. فلقد ذكرنا من قبل أن المعرفة الفنية تكون جديرة بالحماية حتى ولو كانت جميع مكوناتها أو عناصرها معروفة وذاتعة من قبل، طالما أن هذه العناصر في مجموعها تشكل توليفة أو طريقة جديدة غير ذاتعة لمعالجة مسألة ما. كذلك إذا قام شخص ما، أو حتى المخترع نفسه، بتطوير طريقة أو وسيلة أخرى لاستعمال أفضل للاختراع الممنوح عنه براءة اختراع ما زالت سارية؛ فإن هذه الطريقة أو الوسيلة تصلح لحمايتها تحت لواء نظرية الأسرار التجارية.

Turner, The Law of Trade Secrets ٢٨ -

٢٩. ومع هذا فإن هذا المؤلف تثار لديه الشكوك حول اتصاف المعرفة الفنية بالسرية إذا أصبحت معلومة لجانب كبير من رجال الفن الصناعي، دون أن تربطهم بالمالك الأصلي علاقة ثقة معينة، وفي هذا يقول:

"The question of disclosure by the possessor of a secret to a large part of the trade in the form of Licenses to use in confidence poses a balancing of the rules of confidence and those of secrecy: a disclosure cannot be made in confidence if it has no secrecy, and consequently to put the question whether confidential disclosure to a large part of the trade destroys secrecy is to beg the question. Mostly, the cases show that to have the necessary degree of secrecy for protection there must be a considerable part of those who are interested in the subject, not knowing the secret. The knowledge of the world at large is unimportant, it is the knowledge of the interested world. Thus if there are a hundred firms in a certain business and all know the secret "in confidence", there is no secrecy; while if sixty or seventy know in confidence, presumably there is "relative" secrecy The relevance of knowledge by a considerable number in confidence, however, is this: if sixty of a hundred know without the burden of confidence, a court might well decide that the secret was out and must soon be known by all; while if the sixty are bound by confidence the court might consider the secret had some stable future, and its disclosure to another would then be rightly regarded as a disclosure of real value".

على الرغم من أن الموضوع الأصلي (أى الاختراع الصادر عنه براءة) أصبح ذاتا بين العاملين فى الفن الصناعى (٨٥). بل إن المخترع قد يطور بعض المعلومات التجارية Business information لتوزيع أو بيع المنتج المشمول ببراءة اختراع؛ ويمكن اعتبار هذه المعلومات سرية على الرغم من ذبوع كيفية صنع المنتج نفسه (٨٦). بل إن شخصا ما قد يتوصل إلى تطبيق جديد براءات اختراع قد نقضت مدتها (أى بعد فوات سبعة عشر عاما على منح البراءة وفقا للقانون الأمريكى)، ومع ذلك يكون هذا التطبيق الجديد موضوعا لحماية الأسرار التجارية (٨٧).

السرية التى تتطوى عليها المعرفة الفنية، والتى تؤهلها للحماية، هى السرية النسبية سواء من حيث الموضوع أو الأشخاص.

ولكن ينشأ التساؤل عما إذا كان طلب براءة الاختراع، ثم صدورها يمكن أن يؤثر على سرية المعرفة الفنية، بحيث تفقد الحماية المستمدة من قانون الأسرار التجارية المطبق فى محاكم العدالة فى الولايات المتحدة الأمريكية؟. فى الواقع ينبغى أن نفرق بين حالتين: حالة طلب البراءة، وحالة صدور براءة الاختراع بالفعل.

(٨٥) أنظر فى ذلك:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا فى (الجزء الأول)، الفصل الثانى، فى ص ص ٥٨ - ٥٩، وأيضا الأحكام القضائية الكثيرة المشار إليها فى هامش رقم (٩) فى ص ٥٨ من نفس المرجع.

(٨٦) المرجع السابق، فى الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ٥٩، والأحكام القضائية المشار إليها فى هامش (١١) من نفس الصفحة فى ذات المرجع.

(٨٧) المرجع السابق فى الجزء الأول، الفصل الثانى، فى ص ص ٥٩ - ٦٠.

الحالة الأولى: طلب براءة الاختراع *Patent application* (٨٨).

إن التقدم بطلب للحصول على براءة اختراع لا يؤدي بذاته، وكقاعدة عامة، إلى إنشاء سرية الاختراع. فطلب البراءة يتم حفظه في سرية كاملة في مكتب براءات الاختراع الأمريكي، ولا يكون لأي أحد، من غير العاملين والمتخصصين في هذا المكتب، الإطلاع على تفاصيله إلا بإذن من المخترع نفسه، إلا في بعض الحالات الاستثنائية (٨٩). وللواقع إن استمرار السرية، رغم التقدم بطلب البراءة، ناشئ عن أن المخترع نفسه لا يعلم على وجه اليقين فيما إذا كان سيحصل فعلا على البراءة، أم سيحصل رفض لطلبه (٩٠). أضف إلى ذلك أن المعلومات المقدمة في طلب البراءة يتم الإفشاء بها في علاقة ثقة خاصة بين الطالب، وبين مكتب البراءات *Confidential disclosure*، وإذاعة سرية المعرفة الفنية إن حصلت في هذا الإطار، لا تؤدي إلى انهيار الحماية المرتبطة بها، لأنها ما زالت محتفظة بعنصر السرية (٩١). وبعبارة أخرى، فإن تقدم المخترع بطلب البراءة، لا

(٨٨) انظر في كيفية التقدم بطلب البراءة، والفحص اللازم للاختراع ...

Choate & Francis, Patent Law ... المرجع المشار إليه سابقا في ص ٥٨٤ -

٥٨٦ ...

(٨٩) انظر:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How ... المرجع المشار إليه

سابقا، في ص ص ١٥٤ - ١٥٥.

انظر أيضا:

Milgrim, Trade Secrets ... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل

الثاني في ص ٦٠. وانظر أيضا:

James Sheridan, Attorney's Guide to ... المرجع المشار إليه سابقا في ص

٣٨.

(٩٠) انظر:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How ... المرجع السابق، في

ص ١٥٥.

(٩١) انظر:

يحرمه أثناء نظر هذا الطلب، من الحماية التى يخولها قانون الأسرار التجارية، وفقا لقوانين الولايات State Laws ، وفى ظل مبادئ الشريعة العامة Common Law .

ولكن إذا كانت السرية تستمر أثناء طلب البراءة، فإنها تنتهى بمجرد إصدار قرار إيجابى بشمول الاختراع بالبراءة كما سنرى. أما إذا صدر قرار سلبى من مكتب البراءات بعدم أحقية الطالب فى الحصول على براءة اختراع، فقام الطالب بالتظلم من هذا القرار إلى محكمة براءات الاختراع Court of Appeal. for Customs and Patents فإن الحكم الصادر من هذه المحكمة ليا كان مضمونه، سواء بتأييد القرار السلبى أو بإلغائه، يؤدى على سبيل الحتم إلى القضاء على بيرية المعلومات الواردة فى طلب البراءة، لأنه حكم قضائى، يتعين نشره، ويمكن لأى شخص الإطلاع عليه. ومن ثم يفقد الطالب فى هذه الحالة الحماية التى يخولها قانون الأسرار التجارية (٩١). ولكن إذا لم يتظلم الطالب من القرار السلبى، ففى هذه الحالة يمكنه الاستمرار فى حماية المعلومات الواردة فى الطلب تحت مظلة الأسرار التجارية. ومع ذلك إذا تقدم بعد فترة بطلب ثان عن ذات الاختراع، ففى هذه الحالة، وطبقا لقانون براءات الاختراع الأمريكى، فإنه يجوز لأى شخص الإطلاع على هذا

Milgrim, Trade Secrets ... = المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الثانى، الفصل الثانى، فى ص ٦٢. ولنظر أيضا: Choate & Francis, Patent Law المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ٥٨٥.
(٩٢) انظر:

Dessemondet, The Legal Protection of Know - How المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٥٦.

الطلب الثاني؛ وعليه، تتكشف سرية الاختراع وتضيع الحماية، حتى تلك الناشئة عن مبادئ الشريعة العامة في ظل قوانين الولايات (٩٣).

الحالة الثانية: صدور براءة الاختراع *Grant of Patent*

القاعدة العامة هي أن صدور براءة الاختراع عن الاختراع أو المعرفة التي كانت يوماً ما مغطاة بحماية قانون الأسرار التجارية يؤدي تلقائياً إلى زوال هذه الحماية (٩٤). فصدور البراءة يفصح عن نية المخترع في الكشف عن أسرار اختراعه للكافة، وبالتالي لا يمكن بعدئذ حمايته كمعرفة فنية لفقدائه شرط السرية؛ إذ يصدر البراءة تنشر جميع التفاصيل الخاصة بالاختراع (٩٥).

ويقتضى قانون براءات الاختراع الأمريكي من المخترع أن يكشف بدقة عن الوصف الكامل للإختراع، وأن يقوم بشرح كاف له، حتى يتمكن أي شخص من القيام بإنتاج الاختراع محل البراءة، وفقاً لما ورد في البراءة ذاتها (٩٦). والواقع إن عدم تصياح المخترع مع متطلبات الكشف الكامل عن

(٩٣) انظر في ذلك:

Dessemondet, The Legal Protection of Know - How ... المرجع السابق، في

ص ١٥٥.

(٩٤) انظر في ذلك:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، للجزء الأول، الفصل

الثاني، في ص ٦٠.

Sheridan, Attorney's Guide to Trade Secrets ... المرجع المشار إليه سابقاً، في

ص ٣٨.

(٩٥) انظر : Milgrim, Trade Secrets ... السابق الإشارة إليه، في ص ٥٦.

(٩٦) انظر في ذلك بصفة خاصة:

Choate & Francis, Patent Law المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٤١٠، وما

بعدها.

اختراعه لا يؤدي فقط إلى إمكان خسارة الحماية التي تخولها البراءة، ولكن أيضا الحماية التي قد تكون ثابتة للمخترع تحت مظلة الأسرار التجارية وذلك لعدم احترامه متطلبات قانون البراءات باعتباره قانونا فيدراليا.

ومع ذلك فإن هناك بعض الأحكام الأمريكية التي تصر على مد حماية الاختراع، حتى بعد صدور البراءة، باعتباره معرفة فنية ما زالت تتوفر على قدر من السرية. وتذهب هذه الأحكام في مجموعها إلى أنه على الرغم من أن القانون الفيدرالي قد ألزم المخترع بإعطاء الكشف التفصيلي للاختراع والكشف عنه بدقة، إلا أن الواقع العملي يجعل من الصعب جدا تقصي ذلك بأسلوب منضبط، وذلك على الرغم من أن مكتب البراءات الأمريكي يخضع الاختراع للفحص الموضوعي وليس فقط للفحص الشكلى، وذلك بسبب الصعوبة الناشئة عن حصر الوثائق والمعلومات المرتبطة بالاختراع وتجميعها. على أن هذه حجة واهية، وذلك بعد إدخال نظم تجميع المعلومات والطرق الوثائقية الحديثة، وفوق كل ذلك إدخال نظام الحاسب الآلى فى مكتب براءات الاختراع (٩٧). كما ذهبت بعض الأحكام إلى أن سرية الاختراع قد لا تزول حتى بعد صدور البراءة، على الرغم من تطلب القانون الفيدرالي تقديم وصف تفصيلي عن الاختراع، وذلك، فى رأيهم، على أساس أن العمل فى محكمة براءات الاختراع قد جرى لفترة معينة، على

(٩٧) انظر فى عرض هذه الحجة ولارد عليها:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How... إلىه سابقا، فى ص ١٥٨. وانظر أيضا الأحكام القضائية الكثيرة التى أشار إليها هذا المؤلف فى هامش (٢٠٨) فى ذات الصفحة المشار إليها. وانظر فى الكيفية التى يتم بها فحص الاختراع فى مكتب البراءات الأمريكى U.S. Patent office : Choate & Francis, Patent Law المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٥٨٤، وما بعدها.

عدم تطلب الكشف عن الطريقة المثلى لوضع الاختراع موضع التنفيذ، وبالتالي يحتفظ المخترع بهذه الطريقة في طي الكتمان باعتبارها من الأسرار التجارية^(٩٨)، والواقع أن هذا الرأي مردود عليه بأن قانون البراءات لا يفرض تطلب من المخترع الكشف بأمثلة ويصدق عن طرق تنفيذ الاختراع، وهذا يقتضى بذاته إعلانه عن الطريقة المثلى لذلك؛ وعلاوة على ما تقدم، فإن محاكم العدالة تتطلب لكى تمد الحماية الناشئة عن الأسرار التجارية أن يكون المدعى بالحماية حسن النية، ولا شك أن كتمان المخترع للتطبيق الأمثل للاختراع يعتبر من قبيل الغش نحو القانون والذي ينزع عنه وصف حسن النية^(٩٩).

فصدور براءة الاختراع يؤدي، كقاعدة عامة، إلى انقضاء حماية المعرفة الفنية المرتكزة على قانون الأسرار التجارية^(١٠٠)، ويترتب على ذلك أنه إذا وجدت عدة مشروعات مختلفة، يقوم كل منها باستعمال

(٩٨) ومن هذه الأحكام:

Benton v. Ward, 59 F. 411 (1894, MD Iowa ED); Schavoir v. American Rebonded Leather Co., 133 A 582 (1926 Conn.).

هذين الحكمين مشار إليهما في مؤلف Dessementet ، السابق الإشارة إليه، في ص ١٥٨، هامش (٣٠٩).

(٩٩) أنظر Dessementet ، المرجع السابق في ص ١٥٨ - ١٥٩.

(١٠٠) أنظر في معنى قريب:

..... Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، الجزء الأول، لفصل الثاني، في ص ٦٨ - ٦٩. وأنظر أيضاً مؤلف Turner في قانون الأسرار التجارية، حيث يقول:

"The patent publishes so much as it discloses; the courts often refer to the dedication to the public involved in the issuance of a patent, but the act is no more and no less cogent as a publication of secrets than any other equally effective method of publication. It is of course the publication of the patent that is material fact; the date of the application is of no materiality".

أنظر Turner ، المرجع السابق في ص ٤٣٨ - ٤٣٩.

واستغلال نفس المعرفة الفنية التي تم اكتشافها وتطويرها بطرق مستقلة تماماً، فإن حصول أحدها على براءة اختراع عن ذات المعرفة الفنية يؤدي إلى حرمان المشروعات الأخرى من الاستمرار في الاستعمال والاستغلال بما تضيفه البراءة على المخترع من حق احتكار واستئثار^(١٠١).

على أن صدور براءة الاختراع لا ينبغي أن يقضى كلية على حماية المعرفة الفنية التي قد ترتبط بالاختراع، فمثلاً، وكما ذكرنا من قبل، فإن المعلومات التجارية trade information المرتبطة بكيفية استغلال الاختراع قد تعتبر من قبيل المعرفة الفنية الجيدة بالحماية، ومن ثم تستمر حمايتها باعتبارها معلومات سرية خاصة بالمخترع، على الرغم من ذبوع وانتشار الابتكار محل البراءة. كذلك قد يعتبر من قبيل المعارف الفنية الطرق الجديدة لاستعمال الاختراع ذاته، والتي قد يتوصل إليها المخترع بعد إصدار البراءة. بل إن بعض الأحكام القضائية الأمريكية ذهبت إلى استمرار حماية الاختراع باعتباره معرفة فنية، حتى بعد صدور البراءة، وذلك إذا كان المخترع قد قام بالترخيص إلى الغير باستعمالها قبل صدور البراءة^(١٠٢). وأساس هذا الحل، أنه على الرغم من ذبوع عناصر الاختراع

(١٠١) أنظر في معنى قريب: Milgrim ، المرجع السابق، في ص ٥٨.

(١٠٢) ولعل أشهر حكم في هذا المضمار الحكم الصادر في قضية Shellmar ، أنظر: Shellmar Prod. Co. v. Allen Qualley Co. 87 F. 2d 104 (7th Cir. 1936). ولقد جاء في هذا الحكم ما يلي:

"The findings upon which the original decree was based were that the wrap, process and machine were Allen Qualley's trade secrets, that they had been disclosed to appellant in confidence; and that it had violated that confidence that relationship remains the same, and we think it is unaffected by Allen - Qualley's assignment ... the court will not presume that Allen - Qualley did not still retain a very real and valuable interest in its trade secrets, as against appellant, which could be preserved and protected only by a continuation of

فى البراءة، إلا أن المعرفة الفنية قد تم نقلها فى هذه الحالة بناء على عقد ترخيص معين، مما يؤدى إلى إنشاء علاقة ثقة خاصة بين المرخص والمرخص له، وأنه ينبغي استمرار هذه العلاقة، حتى بعد صدور البراءة، حتى لا يضار المخترع بمجرد حصوله عليها (١٠٣). ويترتب على ذلك أن المرخص له فى هذه الحالة يلتزم بدفع مقابل للتكنولوجيا Royalties بإعتبارها معلومات سرية (معرفة فنية)، وليس بإعتبارها براءة اختراع مرخص بها، وعادة ما يكون هذا المقابل أعلى فى الحالة الأولى. والواقع إن هذه الطائفة من الأحكام تدل على أقصى الحدود فى حماية مالك المعرفة الفنية، مما يترتب عليه إهدار الأهداف التى يسعى نظام براءات الاختراع إلى تحقيقها من كشف الاختراع للمجتمع بأسره، كما قد يؤدى ذلك أيضا إلى التزام المرخص له بدفع نفقات لتكنولوجيا أصبحت فى الدومين العام وذلك عند انتهاء مدة البراءة (١٠٤).

هناك إذا تناقض بين الفلسفة التى تقوم عليها الحماية المؤسسة على براءة الاختراع، وتلك المؤسسة على الاستثنائ الفعلى لسرية المعرفة الفنية أو ما تعرف فى القانون الأمريكى بالحماية المرتكزة على قانون الأسرار التجارية Trade Secrets Law. فصدور البراءة يعنى إفشاء سر الاختراع،

the injunctive decree to hold otherwise would permit appelleant to profit by its own wrong. We are dealing here not with Allen. Qualley's right against the world, but with that company's right against appelleant".

أنظر الحكم السابق فى ص ١٠٩ - ١١٠.

(١٠٣) أنظر فى هذا المعنى، الحكم السابق فى ص ١١٠.

(١٠٤) أنظر فى تفصيل هذه الانتقادات.

Dessemontet, the Legal Protection of Know - How ... المرجع المشار إليه

سابقا فى ص ص ١٦٥ - ١٦٦، وأيضا فى ص ص ١٧٠ - ١٨٠.

لأنها تتضمن وصفا تفصيليا له؛ أما الحماية التي يضيفها قانون الأسرار التجارية على المعرفة الفنية فمرددها سريتها، فإن زالت السرية عن هذه المعرفة، ارتفعت الحماية عنها.

وإذا كانت المشروعات الحائزة للمعرفة الفنية تسعى إلى حمايتها بالاستئثار بها خارج نظام براءات الاختراع، إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة في أحوال معينة. من ذلك مثلا إذا كانت المعرفة الفنية تكمن في ذات المنتج، إذ أن من شأن بيع هذا المنتج في شكله النهائي والمتكامل Sale of finished producty تمكين الغير من المنافسين من التعرف بسهولة على طريقة صنعه أو تركيبه، وذلك بتحليل عناصر المنتج عن طريق ما يسمى بأسلوب Reverse Engineering^(١٠٥). ومن ثم فإن بعض خبراء الملكية الصناعية يرون أنه من الأنسب في هذه الحالة المبادرة إلى حماية المنتج ببراءة اختراع، إذا توافرت شروط الحصول عليها، وذلك قبل طرحه في السوق، إذ أن دخول المنتج السوق يجعله مفتقدا لشرط الجدة اللازم توفره في الاختراع^(١٠٦). بيد أن طرح المنتج في السوق، دون الحصول على براءة اختراع عنه، لا يؤدي بذاته Per se إلى إهدار سرية المعرفة الفنية، لأن الكشف عن هذه السرية يقتضى من المشروعات المنافسة بذل الجهد والمال والوقت في سبيل تحليل المنتج للتوصل إلى التكنولوجيا التي يحتوى

(١٠٥) أنظر:

Milgrim, Trade Secrets ... المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثاني، في ص ٣٦ - ٣٨، وقارب Turner، في مؤلفه عن قانون الأسرار التجارية، المشار إليه سابقا في ص ٢٨ - ٢٩.

(١٠٦) أنظر في معنى قريب، Milgrim، السابق الإشارة إليه، في ص ٣٧ - ٣٨.

عليها (١٠٧). و انطلاقاً من ذلك فقد يرى صاحب المنتج التكنولوجي الإبقاء على سرية منتجه وعدم الحصول على طلب براءة اختراع، طالما كان مقراً أن المنافسين لن يتوصلوا بسهولة إلى المعرفة الفنية الكامنة فيه؛ و واضح أن الباعث على الإبقاء على السرية في هذه الحالة هو الأمل في امتداد الاحتكار الفعلي لتكنولوجيا المنتج لفترة أطول من تلك التي تخولها البراءة؛ وقد يتحقق هذا الأمل بالفعل إذا كانت المعرفة الفنية التي يحتويها المنتج على درجة عالية من التقدم بحيث يصعب على المنافسين اكتشافها في فترة وجيزة. وعلى أي الأحوال، فالأمر لا يخلو من مجازفة من جانب حائز المعرفة الفنية، ولا شك أن اختياره أسلوب الحماية في هذه الحالة يعتمد بشكل جوهري على خبرته ووضعه في السوق وعلى تقديره لمنافسيه.

وإذا كانت الشكوك تتور حول جدوى فعالية حماية تكنولوجيا المنتج خارج نظام براءات الاختراع، فإن هذه الشكوك تكاد تختفي إذا كانت المعرفة الفنية في شكل ماكينة أو آلة أو وسيلة صناعية يستخدمها حائز التكنولوجيا في مصنعه أو في مشروعه. إذ يمكن القول بأنه طالما حافظ صاحب المشروع على سرية تكنولوجيا الآلة أو الوسيلة، فإن هذا يمكنه من التمتع باستئثار فعلي (١٠٨). ومع ذلك، فإن الخطر ليس بعيداً حتى في هذه الحالة، إذ قد يستطيع مشروع منافس أو أكثر للتوصل - بطريقة مستقلة -

(١٠٧) انظر في شرح ذلك:

Milgrim, Trade Secrets ... المرجع السابق في ص ٤٥ - ٥٣. انظر أيضاً

Dessemontet, المرجع السابق في ص ١٤٦.

(١٠٨) انظر في شرح ذلك:

Turner, The Law of Trade Secrets. في ص ٢٤ - ٢٥.

إلى نفس التكنولوجيا، وهنا يجد المنتج الأول للتكنولوجيا نفسه أمام عدة منافسين في السوق كل منهم يستغل المعرفة للفنية التي تم التوصل إليها بطريقة سرية، ولا يستطيع منع أى منهم من ذلك (١٠٩). بل إن الأمر قد يكون أخطر من ذلك على المنتج الأول للتكنولوجيا وذلك فيما إذا قام المنتج الثانى لنفس التكنولوجيا بطلب براءة اختراع، وصدورها بالفعل؛ فى هذا الفرض الأخير، لا شك أن صاحب براءة الاختراع يستطيع أن يمنع المنتج الأصلي للتكنولوجيا من استغلال المعرفة الفنية التي بحوزته والتي أبقاها سرا وحجبها عن المجتمع.

وإذا كانت هناك بعض المخاطر التي تحف بسرية المعرفة الفنية حتى عند قيام منتج التكنولوجيا باستغلالها بنفسه واستخدامها فى محيط مشروعه، فإن هذه المخاطر، لا ريب، تزداد عند القيام بالترخيص للغير فى استخدامها أو استغلالها. صحيح إن منتج التكنولوجيا، لا تكون لديه عند القيام بالترخيص للغير بالاستغلال أى نية لفضح سرية المعرفة الفنية خارج نطاق عقد الترخيص أو للكشف عنها للمجتمع، إلا أن تعدد الترخيص بالاستغلال لأكثر من مشروع يزيد من فرص تسرب المعرفة الفنية، كأن تتسرب من خلال بعض عمال أحد المشروعات المرخص لها. هنا يحدث تسرب للمعرفة الفنية وكشف لسريتها على الرغم من اتخاذ صاحبها الأصلي كافة التدابير لمنع حصول ذلك.

(١٠٩) أنظر فى عدم اتخاذ الاحتياطات التي تؤدي إلى هدم السرية: Dessemontet المرجع المشار إليه سابقاً، فى ص ص ١٢٧ - ١٢٩.

ومع هذا، فقد يضطر المنتج الأصلي للتكنولوجيا إلى الترخيص إلى الغير باستخدامها أو استغلالها لعدم قدرته المادية مثلاً على القيام بذلك بمفرده، أو لأنه يرى أنه قد يجنى أرباحاً طائلة من وراء عقود الترخيص^(١١٠). والحقيقة أن منتج التكنولوجيا يكون في حيبانه وهو يقوم بالترخيص للغير لكان حصول ثمرها، ومع هذا يمضى قدما فى عمليات الترخيص، لأنه يجنى عائدا ضخما يكون ثمننا عادلا لنا بحوزه من معارف تكنولوجياية، حتى ولو أصبحت هذه المعارف - على المدى البعيد - ذاتة بين المشتغلين فى الفن الصناعى، مفتقدة بذلك الحماية المعتمدة إلى السرية^(١١١).

والواقع إن خطر افترساح سرية المعرفة الفنية لا يقتصر على الأحوال السابقة، بل ينبسط أيضا على كل فرض من شأنه اتصال علم أى شخص سواء من داخل المشروع أو من خارجه بالأسرار للتكنولوجيا. ومن أهم هذه الفروض العلاقة التى قد تربط المشروعات الكبرى، بإعتبارها

(١١٠) أنظر فى معنى قريب:

Patrick Hearn, The Business of Industrial Licensing

سابقا، فى ص ص ١٠٤ - ١٠٥.

أنظر أيضا:

James Pooley, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ٢٨، وما بعدها.

وفى الترخيص فى استخدام المعرفة الفنية أنظر بصفة عامة:

L. McIlville, Forms and Agreements on Intellectual Property and International Licencing (Second ed. 1972).

وبصفة خاصة (الفصل الأول Chapter I)، فى ص ١، وما بعدها.

(١١١) أنظر فى نفس المعنى:

Turner, The Law of Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣١.

أنظر أيضا:

Dessemonet, The Legal Protection للمرجع المشار إليه سابقا فى ص ١٥١.

منتجة للتكنولوجيا Manufactures ، ببعض المشروعات الأخرى المستقلة والتي تقدم بعض الخدمات المحددة لها، وهذه الأخيرة تعرف باصطلاح Independent Contractors^(١١١) ومن ذلك مثلاً، اعتماد مشروع متخصص فى إنتاج نوع معين من الأجهزة الطبية على العديد من المشروعات الأخرى الأصغر حجماً والتي قد تنتج لصالحه بعض أنواع القطع أو الأجزاء اللازمة لهذه الأجهزة. فى هذا الفرض لا شك أن المتعاقد مقدم الخدمة سوف يطلع على جانب من الأسرار التكنولوجية التى يحتفظ بها المشروع المنتج. ومن هذه الفروض أيضاً، حالة اعتماد منتج التكنولوجيا على بعض الوكالات أو المندوبين المتخصصين فى القيام بعمليات التسويق والبيع وهؤلاء يطلق عليهم اصطلاح Sales Agents^(١١٢)، حيث قد تقتضى طبيعة العلاقة الإفصاح لهؤلاء الأشخاص عن الجوانب الخفية للتكنولوجيا. ولعل من أهم الفروض التى تظهر فيها ضرورة الحماية حالة اتصال علم من يعملون داخل المشروع بالأسرار التكنولوجية.

فى كل الفروض السابقة، وغيرها، تظهر الحاجة الماسة إلى وسيلة معينة يتمكن بها المشروع من حماية ما يحوز، من معارف فنية من خطر التسرب وإفشائها، بما يؤدى إلى ضياع استثماره واحتكاره لها. ولعل العقد

(١١٢) أنظر فى تفصيل ذلك:

..... Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، فى الجزء الأول، الفصل الخامس، فى ص ص ٥٣ - ٦٢.

(١١٣) أنظر فى تفصيل ذلك:

..... Milgrim, Trade Secrets المرجع السابق، الجزء الأول، الفصل الخامس فى ص ص ٦٧ - ٧٠.

هو أبرز وسائل الحماية التي تمكن منتج التكنولوجيا من حراسة معارفه الفنية من التسرب، وذلك بتضمين عقودهم مع الآخرين شروطا صريحا يقضى بالحفاظ على السرية.

(٢) - الشرط الصريح بالحفاظ على سرية المعرفة الفنية:

دفعاً لأي شك حول حماية سرية المعارف الفنية، فإن المشروعات الحائزة لها عادة ما تسعى، عند الدخول في اتفاقات معينة تتضمن خطر التفضح هذه السرية، إلى وضع شرط صريح في هذه الاتفاقات يقضى بالالتزام بالحفاظ على السرية في إطار العلاقة التعاقدية^(١١٤). ويتخذ الشرط الصريح بالالتزام بالسرية أشكالاً مختلفة حسب طبيعة العلاقة التي تربط المشروع الحائز للمعرفة الفنية بغيره من الأشخاص أو المشروعات الأخرى.

فإذا كانت العلاقة هي عبارة عن رابطة عمل تربط المشروع مالك المعرفة الفنية بالعاملين فيه، فإن الشرط الصريح بالالتزام بالسرية قد يأخذ أحد شكلين: فهو من ناحية أولى، قد يكون اتفاقاً بعدم إنشاء السرية أو ما يطلق عليه Non-Disclosure Agreement سواء كان ذلك بوضع شرط في عقد العمل ذاته، أو بوثيقة مستقلة تلحق بهذا العقد^(١١٥). وعادة ما

(١١٤) أنظر في تفصيل مزاي الاتفاق على الشرط الصريح بالالتزام بسرية المعرفة الفنية:

..... Milgrim, Trade Secrets المرجع السابق، الجزء الأول، الفصل الثالث، في ص ٧ - ٥٣.

(١١٥) وفي هذا الموضوع أنظر بصفة خاصة:

P. Jerome Richey & M. J. Bosik, Trade Secrets and Restrictive Covenants, Vol 4 The Labor Lawyer 21 - 34 (1988).

يكون للمشروع مالك المعارف التكنولوجية اليد العليا فى اتخاذ الشكل الأنسب له. ومن شأن هذا الاتفاق إلزام العامل بعدم استعمال المعرفة الفنية بأى وجه من شأنه فضح سريتها إلى الغير. وعادة ما تستلزم الشركات الكبرى قيام العامل بالتوقيع على هذا الاتفاق^(١١٦). ومن ناحية أخرى، فقد يأخذ الشرط الصريح بالالتزام بالسرية شكل ما يطلق عليه الاتفاق بعدم المنافسة *The Covenant not to Compete*، ومضمونة التزام العامل بعدم الدخول فى أى علاقة عمل مع شركة منافسة أخرى بعد انتهاء عقده الأول مع الشركة مالكة المعرفة الفنية^(١١٧). ومع أن مثل هذا الاتفاق يلقى معارضة شديدة من بعض الفقهاء كما أن بعض القوانين الانجلوسكسونية تبطله، كماعدة عامة، بإعتباره يمثل قيودا شديدة على العامل فى كسب قوته، إلا أن القاعدة فى القانون والقضاء الأمريكى هى صحة هذا الاتفاق، والاستثناء هو بطلانه^(١١٨). وأساس هذا الحل فى القانون الأمريكى

== وبصفة خاصة فى ص ص ٢٧ - ٣٢.
أنظر أيضا:

Arthur Seidel, what the General Practitioner should know about Trade Secrets and Employment Agreements

أنظر أيضا: Daniel Kane, Trade Secrets To day ... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٨١ - ٨٢.

(١١٦) أنظر فى هذا المعنى:

..... Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل

الثالث، فى ص ص ٦٨ - ٦٩.

(١١٧) أنظر بصفة خاصة حول تفصيل هذا الموضوع:

E. Frank Corneluis, Michigan's Law of Trade Secrets and Covenants Not Compete . المرجع المشار إليه سابقا فى ص ص ٣٤ - ٤٧.

(١١٨) أنظر حول آراء المعارضين وآراء المؤيدين للاتفاقات التى تازم العامل بعدم الالتحاق بوظيفة أخرى فى مشروع منافس:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How

المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٦٩ - ٧٦.

وأنظر فى مناقشة مدى صحة هذه الاتفاقات فى القانون والقضاء الانجليزى:

هو أنه إذا كان مثل هذا الاتفاق من شأنه الحد من قدرة العامل على العمل، إلا أن السماح له بالاتحاق بوظيفة في مشروع آخر منافس قد يكون سببا مباشرا في التمييز العالى للمشروع الأول منتج التكنولوجيا بسبب تسرب المعرفة الفنية التى قد تعتبر جوهر هذا المشروع (١١٩).

وتزداد أهمية الشرط التعاقدى الصريح بالالتزام بعدم إنشاء سرية المعرفة خارج نطاق علاقات العمل، أى فى العلاقة بين المشروعات المالكة للمعارف الفنية وغيرها من المشروعات الأخرى التى قد ترتبط بها بروابط مختلفة كالترخيص بالاستعمال أو البيع أو للتأجير. من ذلك مثلا، أنه فى عقد البيع الإيجارى Leasing، فإن المؤجر مالك المعرفة الفنية التى قد تتجسد فى صورة مكينات أو معدات معينة، قد يضع شرطا فى هذا العقد بإلزام المستأجر بالكتمان، وهذا الشرط يعرف اصطلاحا باسم Black - Box Agreement، وذلك لأن المستأجر يرتضى ألا يخترق سرية المكونات السرية للمعدات المسلمة إليه، بل إنه إذا حصل واكتشف المستأجر بنحوض للصفة أسرار المعرفة الفنية الكامنة فى هذه الآلات أو المعدات، فعليه طبقا

..... Turner, The Law of Trade Secrets المرجع المشار إليه، وبصفة خاصة فى ص ص ١١٥ - ١١٦، وأيضاً فى ص ص ١٥٦ - ١٥٩.

ونظر فى مدى صحة هذه الاتفاقات فى القانون والقضاء الأمريكى، Milgrim Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا ..، الجزء الأول، الفصل الثالث، فى ص ص ٦٩ - ٧٢. حيث يستخلص هذا المؤلف من أحكام القضاء الأمريكى، أن هذا الاتفاق صحيح بشرط أن يكون مقبولا ومناسبا، سواء من حيث المكان أو الزمان.

(١١٩) انظر فى ذلك:

Dessemonet, The Legal Protection of Know - How

المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٧٢ - ٧٦، وبالأذات فى ص ٧٢.

للشرط الصريح المنصوص عليه في عقد الإيجار ألا يستخدمها خارج نطاق العقد وأن يحتفظ بسريتها. وهذا الشرط صحيح في القانون الأمريكي (١٢٠).

ومن الأحوال أيضا التي يحرص فيها مالك المعرفة الفنية على وضع شرط صريح بالحفاظ على سريتها تلك الحالات التي يرتبط فيها مع مشروعات أخرى بعقود معينة لصيانة المعدات أو الآلات المستخدمة داخل المشروع، وكذلك ارتباطه ببعض الشركات الأخرى التي تقدم للمشروع جانباً من الخدمات مثل الاستشارات الهندسية أو التسويق، أو تلك المشروعات أو الهيئات التي تقوم بالأبحاث لصالح المشروع المنتج للتكنولوجيا (١٢١). ومن الأمثلة أيضا على أهمية وضع شرط صحيح بالحفاظ على سرية المعرفة الفنية حالة الاندماج بين الشركات، حيث عادة ما تقوم الشركة الدامجة بالنص في عقد الدمج على التزام الشركاء والعاملين في الشركة المندمجة، والتي ذابت شخصيتها المعنوية، بعدم إفشاء الأسرار التكنولوجية التي كانت يوما ما ملكا للشركة المندمجة (١٢٢). كما يحرص المشروع المالك للمعرفة الفنية على تضمين عقد الترخيص Licensing Agreement شرطا صريحا يعلى على المرخص له وعلى العاملين لديه التزاما بالسرية، حتى بعد انتهاء مدة عقد الترخيص ذاته. بل إن المرخص - زيادة في الحيطه - قد يفرض الالتزام بالسرية بشرط صريح على مجموع للمعارف الفنية المرخص بها،

(١٢٠) المرجع السابق، في ص ٣١١ - ٣١٢.

(١٢١) المرجع السابق في ص ٣١٢.

(١٢٢) المرجع السابق، في ص ٣١١.

حتى ولو كان بعض مكوناتها أو بعض عناصرها أصبحت ذاتة، وذلك
منعا من تسرب الجزء الذى ما زال محميا عن طريق السرية (١٢٣).

والخلاصة، أن المعرفة الفنية، بإعتبارها مجموعة من المعلومات
التقنية والصناعية والإدارية والتنظيمية، يتعين أن تتوفر على قدر من الجودة
أو الأصالة، وإن كان مفهوم الجودة مختلفا عن ذلك المفهوم السائد فى مجال
براءات الاختراع، فكل ما يقصد به أن تتوفر هذه المعلومات على قدر من
الأصالة بما يمثل اكتشافا يعطى صاحبه ميزة تنافسية فى مواجهة منافسيه.
كما يتعين أن تكون هذه المعرفة سرية. فالمعلومات غير السرية لا يمكن
حمايتها فى ظل مبادئ الشريعة العامة. على أن تصنف المعرفة الفنية
بالسرية لا يحول دون قيام مالكيها باستغلالها؛ كل ما هناك أنه ينبغى عليه
اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بصيانة السرية، وإلا أدى ذلك إلى فقدانه لحقه على
المعرفة الفنية. وفى سبيل تأكيد هذه الحماية، عادة ما يضع المالك شرطا
صريحا فى عقود الترخيص أو عقود العمل أو غيرها بإلزام من يتصل
علمه بها بالمحافظة على السرية. أما خارج نطاق العلاقات التعاقدية أو
علاقات الثقة، فإن حق الملكية يكون هو الأساس الأول للحماية على نحو ما
سوف نرى فى المطلب الثانى من هذا البحث.

(١٢٣) أنظر Dessemontet المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣١٣ - ٣١٤.

المطلب الثانى

الطبيعة القانونية للمعرفة الفنية فى القانون الأمريكى

تمهيد:

لا تتردد المحاكم الأمريكية فى إضفاء الحماية القانونية على المعرفة الفنية، حتى فى ظل غياب أى اتفاق معين أو علاقة ثقة تلزم المتلقى بالحفاظ على سريتها أو عدم استعمالها خارج هذه الحدود بين المالك الأصلى وشخص المتلقى. وتذهب الأغلبية الساحقة من الأحكام القضائية الأمريكية - يؤيدها فى ذلك الجانب الأكبر من الفقه - إلى تأسيس حماية المعرفة الفنية فى هذه الحالة بناء على حق الملكية. فالاعتداء على المعرفة الفنية يشكل اعتداء على الملكية، باعتبارها حقاً عينياً.

فالمعرفة الفنية، فى القانون الأمريكى، هى حق عينى وفقاً للمفهوم الضيق لهذا الاصطلاح. ولعل الكثيرين من فقهاء الشريعة اللاتينية يرون فى ذلك أمراً غريباً، بل ومن الخطأ إمكان تصور اعتبار المعرفة الفنية من الحقوق العينية، وذلك على أساس أن الحق العينى إنما يدخل صاحبه سلطة الاستئثار بشئ ما، بحيث لا يشاركه فى الاختصاص به أشخاص آخرون، "ولذلك لا يتصور أن يثبت لشخصين مختلفين فى نفس الوقت حق ملكية كلى كامل لكل منهما على نفس الشئ"^(١٢٤). وهذه الفكرة لحق الملكية تتنافى مع إضفاء الحق العينى على المعرفة الفنية، لأن هذه الأخيرة تسمح بتعاصر ملكية عدة أشخاص على ذات المعرفة الفنية وممارسة جميع سلطات

(١٢٤) انظر الدكتور حسن كبره، الموجز فى القانون المبنى، الحقوق العينية الأصلية (منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٧٥) فى ص ٦٥.

المالك عليها، طالما أن كلا منهم قد توصل إليها بطريقة مستقلة. أضف إلى ذلك، أن اعتبار المعرفة الفنية من الحقوق العينية يتعارض مع فكرة دوام حق الملكية أى كونها حقا مطلقا من حيث مدة البقاء، وأن يظل دائم الوجود، ولو تغير أ أشخاص الملاك، ولا ينقضى إلا عند هلاك الشيء نفسه محل الحق (١٢٥). وفكرة الملكية من هذا المنظور تتناقض مع مفهوم المعرفة الفنية. فهذه الأخيرة تنسم بالسرية، فإن بقيت سرا، كان لصاحبها الاستمتاع بحقوق المالك، ولكن إذا توصل إليها شخص آخر وحصل على براءة اختراع عنها فى هذه الحالة نجد أن محل المعرفة ما زال موجودا لدى المبتكر، ولكنه سلب ممارسته حقوقه عليها عند صدور البراءة للشخص الثانى، وبالتالي فالمعرفة الفنية حق غير دائم.

على أنه قبل الرد على الحجج السابقة، وقبل البدء فى مناقشة مدى اعتبار المعرفة الفنية حقا من حقوق الملكية وفقا لهذا الاصطلاح بمعناه الضيق فى القانون الأمريكى، فمن المناسب إلقاء الضوء على أمرين هامين: فمن ناحية أولى، فإن حماية المعرفة الفنية فى القانون الأمريكى هى حماية مستمدة من مبادئ الشريعة العامة Common Law ، أى أنها حماية خارج النطاق الفيدرالى، أى فى ظل قوانين الولايات المختلفة، وطبقا لقواعد العدالة equity rules. ومن المسلم به فى هذا المجال أن قضاء محاكم العدالة لهم الحرية فى الاعتراف بأنواع جديدة من الملكية، طبقا لقواعد العدالة، وليس هناك شروط محددة أو مقيدة على حريتهم فى تقرير ذلك سواء بالنسبة

(١٢٥) أنظر فى خصائص حق الملكية بإعتباره حقا عينا، الدكتور حسن كبر، المرجع السابق فى ص ص ٦٣ - ٧٢.

لموضوع الحق، أو بالنسبة لتلك السلطات التي يدخلها الحق للمالك^(١٢٦)، ومن ناحية أخرى، فإن لاصطلاح الملكية في القانون الأمريكي أكثر اتساعاً مما تعرفه الشريعة اللاتينية، فهو قد يشير إلى أى مال ذو قيمة معينة، سواء كان هذا المال ينصب على شئ ما *in rem*، أو كان يتمثل فى مصلحة شخصية أو رابطة اقتضاء من شخص ما *in personam*^(١٢٧)، على أن الجانب الأكبر من الفقه اللاتينى يرفض بشدة إدخال الحقوق الشخصية فى مضمون حق الملكية باعتبارها حقاً عينياً،^(١٢٨) وكل ما هناك أن الحق على المعرفة يخلو صاحبه فرض التزامات معينة فى مواجهة أشخاص معينين، هم هؤلاء الذين يلتزمون بالسرية، أو هؤلاء الذين حصلوا عليها بطريق الاستيلاء أو الغش.

ومع هذا يبقى القول بأن الاعتراف بالحق فى ملكية المعرفة الفنية أصبح من الأمور التى يكاد يسلم بها القضاء الأمريكى الحديث، ويتبعه فى ذلك أغلبية الفقه الانجلوسكسونى، وفيما يلى سنحاول إيضاح مدى الاعتراف بحق ملكية المعرفة فى القانون الأمريكى، وفقاً لقواعد الشريعة العامة باعتبارها مجموعة القواعد التى تضيف الحماية المدنية عليها. ثم نقوم بإيضاح أن المعرفة الفنية - من وجهة نظر الحماية الجنائية - يمكن أن تصبح محلاً للملكية طبقاً للقانون الفيدرالى، وبعض قوانين الولايات.

(١٢٦) أنظر:

Dessementet, The Protection of Know - How ... المرجع المشار إليه سابقاً، فى

ص ٣٢٧ - ٣٢٨.

(١٢٧) المرجع السابق فى ص ٣٢٨.

(١٢٨) أنظر فى التفرقة التقليدية بين الحق العينى والحق الشخصى، وأيضاً فى محاولة

التقريب بينهما ولتقاربهما، أنظر الدكتور حسن كيرة، المرجع السابق الإشارة إليه،

فى ص ١٢ - ١٨.

أولا - مضمون حق الملكية فى المعرفة الفنية طبقا لمبادئ

الشريعة العامة Common Law Principles

(أ) الجدل حول الاعتراف بالحق فى ملكية المعرفة الفنية:

يذهب البعض إلى أن المعرفة الفنية لا يمكن اعتبارها حقا عينيا على شئ معين، وأن حمايتها إنما يكون من خلال رابطة شخصية تربط من يحوزها بمن اتصل. علمه بها، من خلال علاقة ثقة معينة، كوجود علاقة عمل تلزم العامل بالحفاظ على السرية، أو علاقة ترخيص تلزم المرخص له بعدم الاستعمال خارج النطاق المحدد فى العقد^(١٢٩). فإن حصل إخلال بمقتضيات هذه العلاقة، تعين إضفاء الحماية للقانونية.

ويستند هذا الرأى أساسا إلى الحكم الشهير الصادر فى قضية du Pont v. Masland^(١٣٠). وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن (مسلاند) اكتسب من خلال عمله فى شركة (ديبونت) العملاقة المعرفة الفنية الخاصة بطريقة معينة لتصنيع الجلود الصناعية. على أنه إبان انتهاء علاقة هذا العامل مع الشركة المذكورة، فلقد بدأ هو نفسه، بطريقة مستقلة، تصنيع هذه النوعية من الجلود، مستخدما فى ذلك المعلومات الفنية التى اكتسبها أثناء خدمته فى الشركة. عندئذ رفعت الشركة دعوى لاستصدار أمر Injunction بمنعه من الاستمرار فى استعمال هذه المعرفة الفنية^(١٣١).

(١٢٩) أنظر فى عرض هذا الاتجاه والرد عليه، Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الأول فى ص ٢، وما بعدها.

(١٣٠) أنظر الحكم الصادر فى قضية: du pont، والمشار إليه سابقا.

(١٣١) الحكم السابق فى ص ٥٧٥.

فأصدرت محكمة أول درجة حكما بمنعه من القيام بالترخيص للغير في استغلالها، ولكنها لم تحرمه من استعمالها في إطار مشروعه. وفي الاستئناف تم إلغاء الحكم، ثم رفعت القضية بعدئذ إلى المحكمة العليا Supreme Court ، فحكمت بتأييد حكم أول درجة، ثم حكمت أيضا بمنع العامل من استعمال ما اكتسبه من معلومات فنية، وذلك على أساس أنه قد تمكن من الحصول عليها من خلال علاقة ثقة معينة. ومن ثم فإن هذه المعلومات وصلت إليه في إطار معين لا ينبغي له أن يستفيد منها بخلاف ما تفرضه طبيعة هذه العلاقة ذاتها (١٣٢).

ولقد ذهب بعض الفقه إلى أن استناد المحكمة إلى علاقة الثقة يعني تجاهلها لوجود أي حماية مؤسسة على حق الملكية. ومع هذا تذهب أغلبية الفقه الأمريكي، في تعليقها على هذا الحكم، إلى أن تأسيس الحماية في هذه القضية على أساس فكرة الثقة ليس معناه أن المحكمة قد أعلنت رفضها لفكرة الملكية كأساس للحماية، وكل ما هناك أن المحكمة قد رأت أنه من الأفضل بناء الحماية على فكرة الثقة في هذه القضية بالذات بالنظر إلى خصوصية علاقة العمل حسب الوقائع المعروضة. ومن ثم فإن الأمر لا يمنع من حماية المعرفة الفنية بناء على فكرة الملكية في الأحوال الأخرى التي قد لا تتوافر فيها علاقة ثقة (١٣٣).

(١٣٢) الحكم السابق في ص ص ٥٧٥ - ٥٧٦.

(١٣٣) انظر في عرض هذين الاتجاهين:

..... Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الأول، في ص ص ٤ - ٥.

انظر أيضا:

..... Melvin Jager, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، في ص ص ٥٨ - ٥٩.

والواقع أن المحاكم الأمريكية جرت منذ فترة بعيدة على الاعتراف بحق الملكية على المعرفة الفنية، ففي قضية قديمة نسبياً قالت إحدى المحاكم للفيدرالية في قضية Allen v. Shellmar^(١٣٤) "بأنه سواء كان موضوع الابتكار قابلاً لشموله ببراءة اختراع أم لا، فطالما كان المبتكر يحتفظ به سراً، فإنه على الرغم من عدم وجود احتكار له (أي مثل الذي تخلقه البراءة)، فإن له مع ذلك حق ملكية تحميه محكمة المستشار ضد أي شخص يقوم، عن سوء نية، باستخدامه خرقاً بذلك علاقة الثقة التي وضعت فيه"^(١٣٥) ومع أن هذا الحكم كثيره من الكثير من الأحكام الأمريكية يعترف بحق الملكية، إلا أن حماية هذا الحق تتم كما هو واضح من خلال علاقة الثقة.

والأحكام القضائية السابقة، وغيرها الكثير، لم تكن ضريحة في تفريد فكرة الملكية كأساس وحيد للحماية القانونية للمعرفة الفنية، إذا كانت علاقة الثقة تلعب الدور الأساسي في الحماية. ومع هذا ففي سابقة قضائية هامة وحديثة حسمت المحكمة العليا الأمريكية هذه المسألة، فلقد تضمنت قضية

== ونظر بصفة خاصة:

Roman A. Klizke, Trade Secrets: Important Quasi - Property Rights
المشار إليها سابقاً، وبصفة خاصة في ص ٥٥٦ - ٥٥٧.

(١٣٤) أنظر الحكم الصادر في قضية:

Allen - Qually Co. v Shellmar products Co. 31 F. 2d 293, 296, ND, affirmed 36 F. 2d 623, 4 PQ. CCA 7 (1930).

مشار إليه في :

Ellis, Trade Secrets المرجع المشار إليه الإشارة في ص ١٠.

(١٣٥) الحكم السابق في ص ٢٩٦، كما هو مشار إليه في Ellis, Trade Secrets السابق الإشارة إليه في ص ١٠.

Ruchellhaus V. Monsanto (١٣٦) مشكلة مدى دستورية بعض نصوص القوانين القيدرية التي تتطلب تسجيل بعض أنواع المبيدات الحشرية Pesticides. وكان Monsanto قد طور طريقة مبتكرة لتركيب إحدى هذه المبيدات وكانت لديه كافة البيانات data عن المعادلات الكيميائية لهذا الابتكار. وكانت سرية هذا الاكتشاف تتركز في عدم إفشاء هذه البيانات وعدم وصولها بطريقة أو بأخرى إلى المنافسين، وخاصة أن المكتشف فضل استغلالها كمعرفة فنية، وعدم طلب براءة اختراع عنها. ومن ثم فتقديم هذه البيانات إلى الجهة الإدارية، والسماح لأي شخص بالاطلاع عليها معناه فضح سرية الاكتشاف وضياع حق الاستثناء الذي تخوله المعرفة الفنية للمكتشف (١٣٧).

ولقد حكمت المحكمة بأن إلزام المكتشف بتقديم هذه البيانات إلى الجهة الإدارية يشكل انتزاعاً واعتداءً على حقوق المخترع، في ظل قوانين الولايات، لأنه يشكل نوعاً من الاستيلاء عليها دون تعويض عادل taking without just compensation، وأن هذا يخالف متطلبات مبدأ المشروعية due process وفقاً للتعديل الخامس من الدستور، وذلك على أساس أن المخترع Monsanto له حق ملكية على المعلومات والبيانات data الخاصة بطريقة تركيب هذا المبيد الحشري التي تلزمه الجهة الإدارية بإفائها. هذه البيانات تشكل حق ملكية بالمعنى الفني، وتدخل صاحبها السلطة في منع

(١٣٦) انظر:

Rockellhasu v. Monsanto Company, 467 U.S. 986 (1984).

(١٣٧) انظر للحكم السابق، في ص ص ٩٨٦ - ٩٨٨.

الآخرين والمنافسين من الاستفادة بها، وتؤدي إلى استئثار المخترع باستعمال واستغلال اكتشافه (١٣٨).

ولقد ذهب البعض أيضا إلى أن الحق على المعرفة الفنية لا يعتبر حق ملكية بالمعنى الدقيق، لأنه حق لا يتسم بالدوام؛ إذ يختفى هذا الحق بمجرد أن تصبح المعلومات علنية، أو يتوصل إليها عدد كبير من الأشخاص بحيث تتلاشى الميزة التنافسية التي تخولها السرية، كما أن أسلوب حمايتها يعتمد إلى حد كبير على الأسلوب الذي يتم نقلها به إلى الأشخاص الآخرين وأيضا على ظروف استعمالها (١٣٩).

والواقع أن الحجة السابقة ليست قاطعة، إذ أنه يكاد يكون من المسلم به أن المقصود بدوام حق الملكية هو استمرار وجوده "ما دام محله ولا يزول إلا بزواله، فهو دوام للحق نفسه لا لشخص المالك... فحق الملكية إذن حق

(١٣٨) الحكم السابق في ص من ص ١٠٠٥ - ١٠٠٨.

(١٣٩) وأبرز الفقهاء المعارضين لفكرة الملكية كأساس لحماية المعرفة الفنية كل من

Ellis و Turner . حيث يقول الاستاذ :

"Thus here, again, the description of the subject matter disclosed as "property" has no legal significance in the way of affording the discloser protection unless a confidential relationship also is found to exist".

نظرو:

..... Turner, The Law of Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا في ص ٢٥٦.

لما Ellis ، فهو يقول:

"The weight of authority is against using the normal attributes of property as a yardstick to determine whether or not a person has rights which should be recognized".

نظرو:

..... Ellis, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، في ص ١٢.

دائم يدوم ما بقى محله فلا ينقضى إلا بهلاك الشيء^(١٤٠) . فوجود المحل واستمراره شرط لاستمرار حق الملكية على الشيء. فإذا طبقنا ذلك على المعرفة الفنية لمكن القول بأن السرية هي شرط بقاء محل الحماية، فإن زالت السرية، أدى ذلك إلى فناء هذا المحل نفسه أى المعرفة الفنية بحيث تصبح أمرا مباحا. وهلاك المعرفة الفنية معناه زوال القيمة التنافسية التى كانت تخولها للمالك الأصلي لها. فحق الملكية على المعرفة الفنية هو حق دائم من هذا المنظور، واقتضاح سريتها يؤدي إلى مجرد هلاك محل الحماية. ثم إنه إذا كانت المعرفة الفنية من حقوق الملكية التى يمكن وصفها بإمكان الاختفاء والذوبان *disappearing property* بمجرد أن تصبح المعلومات التى تحتويها ذائعة ومنشرة، فإن هذه الخصيصة ليست قاصرة على حقوق المعرفة الفنية وحدها، بل هي سمة لبعض أنواع حقوق الملكية الصناعية الأخرى. فملكية العلامة التجارية تكتسب، فى القانون الأمريكى، عن طريق الاستعمال، والتسجيل ما هو إلا أثر مقرر للملكية. ويقصد بذلك الاستعمال الفعلى الذى يجعل للعلامة الفعالية فى تمييز منتج معين عن غيره من المنتجات الأخرى، حتى لا يقع الجمهور فى لبس ما. على أن ملكية العلامة التجارية تزول إذا لم تعد العلامة بذاتها كافية لتمييز أو تعيين المنتج، وذلك إذا أصبحت مثلا من الذبوع والانتشار بحيث ترتبط فى أذهان الناس ليس بصنف المنتج وإنما بجنسه *generic*، فى هذه الحالة تندثر ملكية العلامة التجارية، ويشارك الجميع فى إمكان استخدامها لنفس جنس المنتج. واختفاء ملكة العلامة فى هذه الحالة لا يطعن فى أنها كانت يوما محلا لحق الملكية^(١٤١). ومن ذلك أيضا، أن قواعد الشريعة العامة *Common Law* ما زالت

(١٤٠) أنظر للدكتور حسن كيرة، المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٦٦.

(١٤١) أنظر:

تعتد بحماية حقوق المؤلف بالنسبة للأعمال غير المنشورة unpublished works ، أما الأعمال المنشورة فهي موضوع لحماية القانون الفيدرالى. ومعنى ذلك أن مبادئ الشريعة العلة ما زالت تضى الملكية على الأعمال الفنية والأدبية غير المنشورة، وطالما بقيت كذلك. أما إذا قام صاحب العمل الأدبى أو الفنى غير المنشور بإطلاع الآخرين عليه، فإنه يفقد هذه الحماية التى تقرها قواعد العدالة، ومع هذا لا يمكن الطعن فى الاعتراف بحق الملكية للمؤلف على عمله غير المنشور قبل تسريبه إلى الآخرين^(١١٢). بل إن المخترع الذى حصل على براءة اختراع، ينتهى حق الاستئثار المخول له بالبراءة بعد سبع عشرة سنة بحيث يصبح للجميع استخدامه، وهذا لا يطعن فى الاعتراف له بحق الاحتكار خلال الفترة التى كانت تسرى فيها البراءة.

أما الحجة الأساسية التى تبرز دائما كأساس للهجوم على منطق الاعتراف بملكية المعرفة الفنية فهى أن هناك farkا جوهريا بين نظام براءات الاختراع ونظام حماية المعرفة الفنية. فبراءة الاختراع، فى رأى الكثير من الفقهاء، تخول صاحبها حق ملكية من حيث أنها تعطيه فرصة الاستئثار بها واحتكار استغلال الاختراع طوال مدة البراءة^(١١٣). أما مالك

Milgrim, Trade Secrets.... المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الأول فى ص ٥ - ٦.
(١٤٢) أنظر فى هذه الحجة:

Dessementet, The Legal Protection المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣٢٩ - ٣٣٠. أنظر أيضا الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا ... المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ١٤٩٠ حيث يذكر أن مبادئ الشريعة العلة قد اعترفت بحق ملكية المخترع على اختراعه حتى قبل صدور قانون براءات الاختراع فى الولايات المتحدة الأمريكية.
(١٤٣) أنظر فى الحق فى ملكية البراءة فى لفق الأمريكى:

المعرفة الفنية، فهو لا يستطيع منع الأشخاص الآخرين من مواصلة استعمال واستغلال المعارف الفنية المشابهة والتي توصلوا إليها بطريقة مستقلة، سواء كانوا فى ذلك سابقين أو لاحقين للشخص طالب الحماية. وبعبارة أخرى، ففكرة الاستثناء التي تميز الحق الذي تخوله البراءة لا تتوافر بصدد المعرفة الفنية.

ويذهب الفقه الراجح فى الولايات المتحدة إلى تنفيذ الحجة السابقة من وجهين: فأولاً، فحق المخترع على براءة الاختراع ليس حق ملكية عادى، وإنما احتكار monopoly^(١٤٤). فمن صدرت له البراءة يمكنه منع أى شخص آخر توصل إلى نفس الابتكار - وإن كان للأخير السبق فى الاكتشاف - من القيام باستغلال الاختراع أو التصرف فيه. إلا أن البراءة لا تخول جميع سلطات الملك، حيث لا تعطى حقاً بالاستثناء باستعمال الاختراع، أو على حد تعبير أحد فقهاء الملكية الصناعية فى مصر. "أن حق الملكية يشمل عناصر ثلاثة هي: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف، وهذه العناصر. لا تتوافر جميعها فى حقوق الملكية الصناعية، فالحق فى براءة الاختراع يتكون من عنصرى الاستغلال والتصرف فحسب، دون عنصر الاستعمال، بمعنى أن صاحب براءة الاختراع له أن يباشر استغلالها وأن يتصرف فى البراءة بأن يتنازل عنها لغيره بمقابل أو بغير

== Choate & Francis, Patent Law المرجع المشار إليه سابقاً، فى ص ٨٠٣، وما بعدها، وفى الفقه المصرى، راجع بحث الدكتور كمال محمد أبو سريخ: حق الملكية فى براءة الاختراع، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة السادسة والعشرون (١٩٨٢). فى ص ٥ - ٧٠.

(١٤٤) أنظر:

Miligram, Trade Secrets المشار إليه سابقاً، الجزء الأول، الفصل الأول، فى

مقابل، ولكن لا يترتب على الحق في البراءة حق صاحبها في استعمال اختراعه استعمالاً خاصاً لنفسه، إذ أن استعمال الشخص لشيء مادي إنما هو عنصر من عناصر حق الملكية العادي وليس من خصائص حقوق الملكية الصناعية. وإذا كان للمخترع أن يستعمل الجهاز الذي ابتكره فإنما استعماله للجهاز ترتب على حق ملكية عادية للجهاز وليس نتيجة منحه براءة الاختراع. وتبعاً لذلك فإن الحق في براءة الاختراع يختلف عن حق الملكية إذ أن البراءة لا يترتب عليها حق استعمال مثل الاستعمال الذي يترتب على حق الملكية^(١٤٥). أما عن الوجه الثاني للرد على الانتقاد السابق، فهو أن حق ملكية المعرفة الفنية يخول المالك جميع سلطات الملكية في القانون الأمريكي بما فيها سلطة الاستعمال التي لا تخولها البراءة. كما أن هذه السلطات هي سلطات استثنائية في مواجهة للكافة^(١٤٦). صحيح أن مالك المعرفة الفنية لا يستطيع أن يمنع هؤلاء الذين طوروا أو اكتشفوا نفس المعرفة بطريقة مستقلة. وهنا يحصل التناقض، إذ كيف يمكن القول بأن لعدة أشخاص سلطة استثنائية على ذات المحل؟ يجب أن نلاحظ أن المعرفة الفنية لو وجدت لدى عدة أشخاص في وقت واحد، فإن ذلك لا يخل بسلطات الملكية الثابتة لكل منهم، إذ أن كلا منهم قد حاز هذه المعرفة بطريقة مستقلة، أي وصلت إليه بطريق مشروع عن طريق البحث والاجتهاد الذاتي، ويمكن لأيهام الاستثناء بما توصل إليه من خلق أو ابتكار؛

(١٤٥) أنظر الدكتور محمد حسني عباس، الملكية الصناعية، المرجع المشار إليه سابقاً،

في ص ١١. وأنظر في القانون الأمريكي، Dessementet, The Legal Protection

..... المرجع السابق الإشارة إليه، في ص ٣٣٥.

(١٤٦) أنظر في ذلك:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How ... المرجع المشار إليه سابقاً

في ص ص ٣٣٧ - ٣٣٦.

أضف إلى ذلك أنه مهما بلغت درجة التشابه بين ما توصل إليه عدة أشخاص لمعرفة فنية ما، فإنه يبقى مع ذلك اختلافاً في المحتوى ولو كان هذا الاختلاف هامشياً أو بسيطاً، مما ينفي إمكانية وجود تطابق تام بين معارف فنية معينة ^(١٤٧). ومن ثم فإن محل الملكية ليس واحداً، وإنما هو يتعدد بتعدد الملاك.

فالمعرفة الفنية وفقاً لكل من الفقه والقضاء الأمريكي، هي حق ملكية بالمعنى الضيق. وهناك تطبيقات عديدة في القانون الأمريكي تؤكد على هذا المعنى. من ذلك، أنه يجوز للشريك أن يقدم المعرفة الفنية التي ابتكرها أو طورها كحصة في شركة ما، على سبيل التملك، فتصبح المعرفة الفنية ملكاً للشركة ذاتها كشخص معنوي، ويمكن دخولها في موجودات الشركة عند التصفية، ولا يجوز للشريك بعدئذ استعمالها أو استغلالها أو التصرف بها بطريقة منفردة ^(١٤٨). أضف إلى ذلك، أن للشريك عند تقديمه المعرفة الفنية كحصة في الشركة فإنه يحصل على أسهم عينية *real shares*، ومن ثم تراعى إجراءات تقدير الحصة العينية بالنسبة للمعرفة الفنية قبل منح هذه الأسهم ^(١٤٩). كما أن قانون الضرائب *tax law* الأمريكي يعامل، بصفة العامة، الضرائب على استغلال وبيع المعرفة الفنية معاملة الضرائب على الملكية ^(١٥٠). بل إن المعرفة الفنية يجوز أن تكون محلاً لعقد الأمانة

(١٤٧) المرجع السابق في ص ٣٣٦.

(١٤٨) انظر في هذه الفكرة:

Milgrim, Trade Secrets
الأول، الفصل الأول، في ص ص ١٨ - ١٩.

(١٤٩) المرجع السابق، في ص ص ٢٠ - ٢١.

(١٥٠) انظر:

Dessenontet, The Legal Protection
٣٢٩.

trust ، والذي يستلزم أن يكون محله res trust ولودا على ملكية شيء ما (١٥١). ومن التطبيقات كذلك التي تؤكد فكرة الاعتراف بحق ملكية المعرفة الفنية، أنه لا يجوز، بمجرد وفاة صاحب المعرفة الفنية، رفع دعوى لمنع الاعتداء عليها improper use ، إلا بعد انتقال التركة نفسها إلى الورثة، لأن الدعوى في هذه الحالة هي دعوى عينية real action (١٥٢). ولعل أطرف التطبيقات في هذا الصدد، أنه عند شهر إفلاس المدين صاحب المعرفة الفنية، فإنه تغل يده عن التصرف فيها أو استغلالها؛ وأيضاً لو تم بيع المشروع المالك للمعرفة الفنية خلال فترة الريبة period of doubt ، فإنه لا يجوز للمشتري أن يقوم برفع دعوى ضد الشخص الذي قام بالاعتداء على المعرفة الفنية وذلك في الفترة بين حصول البيع ورفع دعوى شهر الإفلاس، لأن ذلك سيكون من حق جماعة الدائنين ممثلة في السنديك trustee in bankruptcy (١٥٣).

(١٥١) المرجع السابق، في ص ٣٣٠. أيضاً: انظر:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، الجزء الأول، الفصل الأول في ص ٢٢ - ٢٣. انظر أيضاً الدكتور حمام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات القانونية ... المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ١٤٨. كما يقول الدكتور حمام عيسى باختصار شديد يمكننا إن أن نقول أن القانون الوضعي الأمريكي يعترف بملكية المعرفة الفنية، وأن المقصود هنا هو الملكية بمعناها المفهوم في القانون الفرنسي أو المصري كحق عيني. انظر نفس المرجع، في ص ١٤٩.

(١٥٢) انظر Milgrim ، نفس المرجع السابق، في ص ٢٥ - ٢٦. أيضاً انظر:

Dessementet, The Legal Protection ... في ص ٣٣٠.

(١٥٣) المرجع السابق، في ص ٣٢ - ٣٤ انظر أيضاً:

Dessementet, The Legal ... في ص ٣٣١.

(ب) سلطات مالك المعرفة الفنية في ظل مبادئ الشريعة العامة

Common Law

يعترف القانون الأمريكي، طبقاً لمبادئ الشريعة العامة، بحق ملكية المبتكر على المعرفة الفنية التي توصل إليها. وعليه، يمكن لصاحب المعرفة الفنية أن يباشر عليها جميع السلطات التي يخلوها حق الملكية.

فمن ناحية أولى، يكون لمالك المعرفة الفنية التمتع باستعمال واستخدام هذه المعرفة دون أى تدخل من شخص آخر، طالما احتفظ بذلك بطريقة سرية. ولا يطلعن فى استنثار المالك فى استعمال المعرفة الفنية، أن يقوم آخرون بمحاولة التوصل إليها، أو للتوصل إليها فعلاً واستعمالها، طالما تم هذا بطريقة مستقلة تماماً، كما ذكرنا (١٥٤). ومن ثم فإن حق الملكية على المعرفة الفنية يسمح لكل من توصل إليها بطريق مشروع من الاستنثار باستعمالها فى مواجهة المنافسين للذين لم يتوصلوا بعد إلى اكتشافها؛ فهو استنثار فى مواجهة للكافة، أى المنافسين الذين عجزوا عن تطوير نفس المعرفة بطريقة تلقائية ومشروعة.

وعليه، فإن مالك المعرفة الفنية يمكنه استعمالها كما تستعمل الملكية على الأشياء فى الأنواع الأخرى من الملكية على الأشياء، ودون قيود أو حدود، ما عدا تلك القيود المتعلقة بالصحة العامة والأمن القومى ومثلاتها. على أن هذه القيود يتعين أن تكون فى أضيق الحدود حتى لا تتعارض مع

(١٥٤) انظر:

Dessementet, The Legal Protection المرجع السابق الإشارة إليه فى ص ٣٣٢، ولجذا انظر ص ٣٣٥.

مبدأ المشروعية *due process* ، وهو مبدأ دستوري يسرى على حقوق الملكية بما لا يجيز الحد من السلطات الواردة عليها، كقاعدة عامة (١٥٥).

ومن ناحية ثانية، فإن حق ملكية المعرفة الفنية يخول المالك إمكان التصرف فيها بالطريقة التي يراها، فيجوز للمالك إبرام عقود ترخيص للآخرين باستعمال المعرفة الفنية. كما يجوز له القيام ببيعها (١٥٦). وإذا حصل تصرف بالبيع فإن ذلك يؤدي إلى انتقال حق الملكية إلى المشتري بكل خصائصه، فلا يجوز للبائع بعدئذ أن يقوم باستعمال المعرفة الفنية، إلا إذا اتفق على غير ذلك، لأن ملكية الرقبة *title* وكذلك المنفعة تنتقل إلى المشتري الجديد. وهنا نلاحظ مرة أخرى التأكيد على الطابع العيني لحق ملكية المعرفة الفنية (١٥٧).

ومن ناحية أخيرة، فإن للمالك سلطة هامة من حيث أن حق الملكية يعطى له حصانة *immunity* معينة تحول دون أى تدخل من الغير قد يؤدي بفعل عمدى أو بامتناع أو بإهمال إلى التعديل أو النيل من سلطات المالك. ومع هذا، فلا يعد من قبيل الاعتداء على هذه الحصانة قيام أحد المنافسين بالتوصل إلى نفس المعرفة الفنية بطريقة ذاتية ومستقلة، ثم طلب براءة اختراع عنها، أو حتى نشرها وإذاعتها. فهذه الأفعال من جانب

(١٥٥) المرجع السابق فى ص ٢٢٢.

(١٥٦) انظر:

..... *Milgrim, Trade Secrets* المرجع المشار إليه سابقاً، الجزء الأول، فى ص

ص ١٤ - ١٥.

(١٥٧) انظر:

..... *Dessementet, The Legal Protection* فى ص ٢٢٤.

المنافس من شأنها تكمير حق ملكية المكتشف الأول للمعرفة الفنية لأن قواعد العدالة ترجح - في هذه الأحوال - مصلحة المجتمع ككل في الاستفادة من المعرفة الفنية، دون الاستئثار بها من جانب شخص معين، طالما لم يحدث بطرق غير مشروعة improper means (١٥٨).

(ج) قابلية موضوع المعرفة الفنية للحماية ببراءة اختراع لا تحول دون

استمرار حمايته كحق ملكية طبقاً لمبادئ الشريعة العامة:

نكرنا من قبل أن موضوع المعرفة الفنية يتسع ليشمل تلك المعلومات التجارية، وكذلك الابتكارات سواء كانت غير قابلة لشمولها ببراءة اختراع لعدم توافر الشروط اللازمة لذلك كفقْدان مستوى الابتكار الذى يشترطه القانون للإرتقاء إلى مستوى البراءة مثلاً، وأيضاً يشمل موضوع المعرفة الفنية حتى تلك الابتكارات التى ترقى إلى مستوى الحصول على البراءة، ولكن بفضل مكتشفها الاحتفاظ بها سرا، واستغلالها على هذا النحو. واختيار نوع الحماية التى يراها المبتكر، فى هذه الحالة الأخيرة، أمر متروك له (١٥٩). على أن الركون إلى حماية الاختراع تحت مظلة قانون الأسرار التجارية، وإن كان من شأنه فى بعض الأحوال تمكين المبتكر من مد احتكاره لفترة قد تزيد عن تلك التى تخولها البراءة، إلا أن ذلك، وكما أسلفنا فى المطلب الأول، يتضمن بعض المخاطر ومنها احتمال توصل الغير إلى نفس الابتكار والحصول على براءة اختراع تغطيه بما

(١٥٨) المرجع السابق، فى ص ٣٣٤.

(١٥٩) انظر :

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، الجزء الثانى، الفصل الثامن، فى ص ٣ - ٤.

يؤدى إلى منع المبتكر الأسبق فى الاستمرار فى التمتع بملكيته على معرفته الفنية؛ ومن هذه المخاطر أيضا ذبوع الابتكار بين المنافسين بحيث تفتقد المعرفة الفنية السرية التى هى لب الحماية. على أنه من الجوهرى الإشارة إلى أن المخترع لا يمكنه الاعتماد على حماية كل من الأسرار التجارية والبراءات فى ذات الوقت، وذلك لأن الحصول على براءة الاختراع يفقد الابتكار عنصر السرية اللازم لحماية المعرفة الفنية (١٦٠).

على أن فكرة احتفاظ مالك المعرفة الفنية بالحماية الى دخولها قانون الأسرار التجارية، على الرغم من قابلية هذه المعرفة من الناحية الموضوعية لشمولها ببراءة اختراع، قد أثار حفيظة الكثير من المحاكم الأمريكية، وذلك منذ صدور قانون براءات الاختراع الفيدرالى عام ١٩٥٢. ولقد صدرت أحكام عديدة من محاكم الاستئناف الأمريكية رافضة حماية ملكية المعرفة الفنية فى ظل مبادئ الشريعة وقوانين الولايات لتعارض ذلك مع مقتضيات الحماية التى يضيفها قانون براءات الاختراع الفيدرالى. فالاعتراف بحماية المبتكرات، للقابلة للحماية للبراءة، يحمل خطرا كبيرا من حيث أن معظم المخترعين سوف يحجمون عن طلب براءات الاختراع مفضلين الاعتماد على الحماية المستمدة من قوانين الولايات، وبالتالي يتوافر لهم احتكار لمدة أطول من تلك التى تخولها البراءة. ومن ثم لا تتكشف للمجتمع الاختراعات التى تنفع عجلة التقدم والبحث العلمى، مما يتناقض مع السياسة من وراء نظام براءات الاختراع نفسه، والتى حرص الدستور الأمريكى على تكريسها (١٦١). بل ويزداد الأمر خطورة إذا ما قام

(١٦٠) المرجع السابق، فى ص ٥ - ٨.

(١٦١) انظر فى عرض هذه الأفكار:

مالك المعرفة الفنية باستعمالها واستغلالها تجاريا لمدة تزيد عن عام، حيث في هذه الحالة لا يمكن له أو لأي شخص آخر طلب براءة الاختراع لفقدان عنصر الجدة، وفقا للمفهوم المحدد في قانون البراءات، وإن كانت السرية ما زالت متوفرة (١٦٢). وبالتالي تضيع على المجتمع فرصة الكشف عن مخترعات هامة وجوهرية كان من الممكن للجميع الاستفادة منها، فيما لو شملها نظام البراءات بالحماية. وعليه، فإن الاعتراف بالحماية التي تخولها الشريعة العامة للمعرفة الفنية القابلة لحمايتها أصلا ببراءة اختراع من شأنه تقويض السياسة التشريعية التي رسمها المشرع الفيدرالي، كما يتعين دمج هذه الحماية لتعارضها مع المبادئ الدستورية، وبصفة خاصة تعارضها مع مبدأ سمو القانون الفيدرالي Supremacy clause على قوانين الولايات، وهو مبدأ دستوري هام.

وفي عام ١٩٧٤ أصدرت المحكمة العليا الأمريكية حكما شهيرا حسمت به الخلاف الدائر في محاكم الاستئناف حول هذه المسألة. ففي

Sidney A. Diamond, Preemption of State Law, Published in Milgrim, Trade Secrets, Volume 2, Appendix B1, at PP. B1 - 1, B1 - 10.

ونظر أيضا:

Choate & Francis, Patent Law المرجع المشار إليه سابقا في ص ص ٧٧ - ٨٨.

ونظر بصفة خاصة الحكم الصادر في قضية Kewanee والذي ناقش السياسة التشريعية لقانون براءات الاختراع في علاقته بالحماية التي تفرضها الولايات على الأمور التجارية:

Kewanee Oil Company v. Bicron Corporation, 478 F. 2d 1074 (CA 6, 1973).

هذا الحكم منشور بأكمله في مؤلف Milgrim عن الأسرار التجارية والسابق الإشارة إليه، الجزء الثاني، الملحق رقم (K)، وبالأدات في ص ص 8 - K. (١٦٢) أنظر الحكم السابق، في ص 2 - K من مؤلف Milgrim، السابق الإشارة إليه.

الحكم الصادر في قضية: *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.* (١٦٣)، قررت المحكمة بأن قوانين الولايات المختلفة والمتعلقة بالأسرار التجارية لا تتعارض مع القانون الفيدرالي الخاص ببراءات الاختراع، ومن ثم يجوز حماية المعرفة الفنية في ظل الشريعة العامة حتى ولو كانت في حد ذاتها مستوفية لشروط حمايتها كاختراع يمكن أن تصدر عنه براءة. وتتلخص الوقائع في هذه القضية في أن شركة Harshaw، وهي شركة عملاقة في مجال الصناعات الكيميائية، قامت بتطوير وسيلة معينة لتصنيع مزيج من زجاج الكريستال Synthetic Crystal وذلك لاستخدامه لحجب الذرات المشعة ionizing radiation وكان أحد العاملين في هذه الشركة قد اطلع بحكم وظيفته على هذه الوسيلة المبتكرة، وحرصا من الشركة على سرية المعرفة الفنية، فلقد تضمن عقد العمل شرطا يوجب عليه عدم إفشاء هذه الوسيلة السرية. على أن هذا العامل، بعد تركه الخدمة في شركة Harshaw قام بالاتحاق بشركة Bicron، والتي تعمل في نفس المجال الصناعي. أقامت شركة Harshaw دعوى على كل من العامل وشركة Bicron، بإلزام العامل بعدم منافسة الشركة ومنعه من القيام بإفشاء المعرفة الفنية التي وصلت إليه في ظل علاقة تعاقدية مبنية على الثقة، وبإلزام الشركة المنافسة بالتوقف عن استعمالها واستغلالها لأنها توصلت إليها بطريق غير مشروع (١٦٤). ولقد أصدرت محكمة المقاطعة الشمالية لولاية أوهايو حكما لصالح الشركة المدعية، وعندما عرضت القضية على محكمة الاستئناف للدائرة السادسة قررت المحكمة أنه وإن كان يجوز

(١٦٣) انظر الحكم الصادر في قضية *Kewanee*، والمشار إليه سابقا.

(١٦٤) انظر وقائع القضية، في الحكم المشار إليه سابقا، في ص ٢ - ١، K - ١ من مؤلف Milgrim المشار إليه سابقا.

منع المدعى عليهم من استخدام الأسرار التجارية في ظل قوانين الشريعة العامة المطبقة في ولاية لوهايو، إلا أنه إذا كان السر التجارى مما يجوز شموله ببراءة اختراع، وقام المخترع باستغلاله تجارياً، فإنه يفقد بالتالى عنصر الجدة اللازم توافره للبراءة، وهذا يؤدي إلى إغلاق أى أمل للحصول عليها من جانب أى شخص آخر يتوصل إلى نفس الاختراع، ومن ثم بقاء المعرفة الفنية سرا، مما يحرم المجتمع من تكنولوجيا معينة كان من الممكن أن تشيع وتعرف للكافة فيما لو صدرت البراءة. ومن هنا كان المتعين إغلاق باب الحماية الذى تفتحه قوانين الولايات على مصراعيه وذلك للتعارض الشديد مع القانون الفيدرالى (١٦٥).

وعندما عرضت للقضية على المحكمة العليا كان من المتعين عليها إبراز ما إذا كان فعلاً هناك تعارض بين السياسة التشريعية التى يتبناها القانون الفيدرالى فى مجال حماية الاختراعات وبين تلك السياسة التى تتوخاها الولايات المختلفة لحماية المعرفة الفنية فى ظل مبادئ الشريعة العامة وقواعد العدالة. وفى سبيل إبراز ذلك، فرقت المحكمة بين ثلاث طوائف للمعرفة الفنية: فمن ناحية أولى، أنه إذا كانت المعرفة الفنية فى شكل معلومات تجارية trade information، فإنه لا تعارض بين حمايتها فى قوانين الولايات، التى تستهدف فى المقام الأول إعطاء ميزة تنافسية لمالك هذه المعلومات وخاصة أنه يقوم بتطويرها بعد جهد مكثف ونفقات باهظة، وبين الحماية التى يخولها قانون براءة الاختراع، لأن هذا القانون الأخير يخرج هذه المعلومات من نطاق تطبيقه، هذا من جهة، ومن جهة

أخرى، أن المجتمع كله لن يضل من الاحتفاظ بهذه المعلومات مراراً وقصراً على مشروع معين لمدة غير محدودة^(١٦٦). ومن ناحية ثانية، فإنه إذا كانت المعرفة الفنية في شكل ابتكارات ما غير مستوفية شروط الحصول على البراءة، فإن استمرار حمايتها في ظل مبادئ الشريعة العامة للولايات المختلفة لن يساعد من قريب أو من بعيد على تحقيق أهداف قانون براءات الاختراع الفيدرالي، ومن ثم لا تعارض بين الاعتراف بحماية هذه المخترعات في الشريعة العامة وبين القانون الفيدرالي^(١٦٧). ومن ناحية ثالثة، إذا كان موضوع المعرفة الفنية اختراعاً يمكن شموله ببراءة اختراع لاستيفائه الشروط اللازمة لذلك، وفي نفس الوقت يمكن للمخترع تفصيل حمايته كسر تجاري، ولا شك أنه إذا قام تعارض بين الحماية التي بخولها القانون الفيدرالي وتلك التي تقرها قوانين الولايات، فإن هذه الحماية الأخيرة يتعين إلغاؤها. على أن المحك الأساسي لقياس وجود هذا التعارض بين نوعي الحماية لا ينشأ لمجرد توفر حماية ما في ظل قوانين الولايات، ولكن ما إذا كانت هذه الحماية تشكل خطراً ما على نظام براءات الاختراع الذي كفله المشرع الفيدرالي^(١٦٨). وفي تحليلها لمدى وجود مثل هذا الخطر، ذهبت المحكمة إلى أن الحماية التي يكفلها قانون الأسرار التجارية هي حماية هشة بمقارنتها بالحماية التي يركز عليها نظام البراءات. فقانون الأسرار التجارية لا يمنع أي شخص من التوصل إلى نفس الابتكار والاستمتاع بنفس الحماية، طالما كان اكتشافه له بطريقة مشروعة كالبحث

(١٦٦) المرجع السابق، في ص ١١ - K.

(١٦٧) المرجع السابق، في ص ١٤ - K، ١٣ - K.

(١٦٨) المرجع السابق، في ص ١٤ - K.

المستقل أو تحليل عناصر المنتج (١٦١). ثم إن مالك المعرفة الفنية يتعرض لمخاطر عديدة منها مرققة ابتكاره أو إفشاء سرّيته بسبب خيانة إحدى علاقات الثقة التي قد يضعها في العاملين معه أو المرخص لهم مثلاً باستعمالهما، وهنا يفقد المالك ملكية هذه المعرفة، ولا يبقى له في الكثير من الأحوال إلا التعمييض. هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن المجتمع نفسه لن يضار من المخترع الذي يؤثر حماية الأسرار التجارية في ظل الشريعة العامة لقوانين الولايات، رافضاً الحماية التي تكفلها البراءة. ذلك لأن من الثابت عملاً أنه لو قام المخترع بالاحتفاظ بابتكاره واستعماله واستغلاله بنفسه في إطار مشروعه، فهناك احتمال كبير أن يقوم آخرون بالتوصل إليه بطريقة مستقلة، حتى ولو اتخذ المخترع جميع الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السرية، لأن مجرد استغلال الابتكار تجارياً سوف يؤدي إلى تنبيه المنافسين الآخرين إلى وجود تكنولوجيا جديدة وغامضة مما سيدفعهم ويحفزهم إلى تكثيف الجهود البحثية للتوصل إليها، مما سيؤدي في يوم ما إلى القضاء على الميزة التنافسية التي كان يحاول المخترع أن يجنيها في ظل مبادئ الشريعة العامة. ولذا فإنه ليس من المتصور، إلا في النادر من الأحوال، أن يضحى المخترع ببراءة اختراع مفضلاً حماية الأسرار التجارية. وبناء عليه، فإن قوانين الولايات التي تحمي ملكية المعرفة الفنية لا تشكل خطراً داهماً على الحماية الفيدرالية. ومن ثم يمكن للولايات الاستمرار في خلع الحماية على المبتكرات، التي وإن كانت قابلة للحصول على براءة اختراع عنها، إلا أن مالكيها أثر الاحتفاظ بها سراً (١٧٠).

(١٦٩) المرجع السابق، في ص ١٦ - K - 15.

(١٧٠) المرجع السابق، في ص ١٧ - K - 16.

ولم تتردد المحكمة العليا الأمريكية، في تأكيد استمرار حماية المعرفة الفنية في ظل مبادئ الشريعة العامة عندما عرضت عليها هذه المسألة مرة أخرى في قضية *Aronson v. Quick point Pencil Co.* وهي أحدث قضية للمحكمة العليا في هذه المسألة (١٧١)، وتتلخص وقائعها في الترخيص لشركة Quick باستخدام المعرفة الفنية التي كانت تحوزها شركة Aronson ، مع ارتباطها بعقد تسليم مفتاح Keyholder ، وذلك لقاء دفع مقابل Royalties معين. وكانت شركة Aronson قد تقدمت للحصول على براءة اختراع عن هذه المعرفة الفنية التي تحوزها والتي ظلت تستغلها سرا لفترة معينة. وكان من شروط عقد الترخيص بين الشركتين استمرار دفع مقابل التكنولوجيا، في حالة صدور قرار سلبي من مكتب براءات الاختراع، برفض منح البراءة. ولم تصدر البراءة. عندئذ قامت الشركة المرخص لها برفض الاستمرار بدفع نفقات التكنولوجيا على أساس أن القانون الفيدرالي (أي قانون البراءات)، والذي يبيح استعمال واستغلال الاختراعات غير المشمولة ببراءة، يتعارض مع أحكام قوانين الولايات المختلفة التي تحظر ذلك. ومن ثم فإن دفع نفقات أو مقابل معين للمرخص بتكنولوجيا غير مشمولة ببراءة اختراع يكون على غير أساس (١٧٢). ولقد اتبعت المحكمة في رفض هذه الحجة نفس المنهج الذي

(١٧١) انظر:

Aronson v. Quick Point Pencil Co., 440 U.S. 257 (1979).

(١٧٢) الحكم السابق، في ص ٥٧ - ٥٨.

سلكته المحكمة فى قضية Kewanee من تأكيد الحق فى حماية ملكية المعرفة الفنية فى ظل قوانين الولايات ومبادئ الشريعة العامة (١٧٣).

وإذا كانت الشريعة العامة Common Law تحمى المعرفة الفنية باعتبارها حقاً من حقوق الملكية وفقاً للمفهوم الفنى لهذا الاصطلاح فإن القوانين الجنائية سواء على المستوى الفيدرالى، أو على مستوى الولايات تقوم بحمايتها أيضاً باعتبارها من حقوق الملكية على نحو ما سوف نعرض له فيما يلى.

ثانياً - مدى اعتبار المعرفة الفنية حقاً من حقوق الملكية فى ظل القوانين الجنائية:

حرصت القوانين الفيدرالية وكذلك القوانين التى صدرت على مستوى الولايات المختلفة فى مجال القانون الجنائى على تأكيد الحق العينى على المعرفة الفنية، فجعلت الاستيلاء عليها داخل فى مفهوم جريمة السرقة. وعلى المستوى الفيدرالى، صدر القانون الوطنى لمعاقبة سرقة الملكية National Stolen Property Act وذلك فى عام ١٩٧٦ (١٧٤). كما أصدرت الولايات المختلفة قوانين مماثلة. ونطاق بحثنا يضيق بطبيعة الحال عن معالجة كل هذه القوانين. على أننا سنقوم بعرض فكرة الملكية على

(١٧٣) الحكم السابق، فى ص ٢٦٦.

(١٧٤) أنظر:

National Stolen Property Act, U.S.C. 2314 (1976).

كما هو مشار إليه فى:

Michael Epstein, Criminal Liability for Misappropriation of Trade Secrets

المقالة المشار إليها سابقاً، فى ص 5 - B 5 (هامش ١).

المعرفة الفنية وإمكانية تطبيقها في القانون الفيدرالي، ثم الإشارة إلى بعض قوانين الولايات التي حرصت على تأكيد هذا الطابع.

(أ) المعرفة الفنية هي حق ملكية وفقا لمفهوم القانون الفيدرالي الخاص

بسرقه البضائع المسروقة:

يحظر القانون الفيدرالي الصادر عام ١٩٧٦، والخاص بسرقه الملكية، نقل transportation الأشياء المسروقة، بين الولايات المختلفة أو في مجال التجارة الخارجية، وذلك إذا زادت قيمة الشيء الذي تم الاستيلاء عليه على خمسة آلاف دولار أمريكي. على أنه يشترط أن يكون الشيء المسروق الذي يتم نقله عبر الولايات أو خارج الولايات المتحدة الأمريكية ذاكلاً في مفهوم الأشياء أو البضائع المنقولة (Goods, wares or merchandises)، والتي تبلغ قيمتها خمسة آلاف دولار أمريكي أو أكثر (١٧٥).

ولقد طبقت العديد من المحاكم الفيدرالية هذا القانون بصدد سرقه الأسرار التجارية، حيث أدخلتها في مفهوم الأشياء أو البضائع المنقولة، واعتبرت الاستيلاء عليها في عداد سرقه شيء مملوك للغير، وبالتالي إضفاء للحماية الجنائية الخاصة بصيانة حق الملكية (١٧٦).

(١٧٥) أنظر المقالة السابقة، في ص ٥-٦ B 5.

(١٧٦) أنظر على سبيل المثال الأحكام الآتية:

United States v. Bottone, 365 F. 2d 389 (2d Cir.); United States v. Leste, 282 F. 2d 750 (3d Cir. 1960).

هذان الحكمان مشار إليهما. في مقالة Michael Epstein المشار إليها سابقاً، في

ص ٥-٦ B 5 ، هامش (٣).

ومن الواضح أنه لكي يحصل تطبيق لنصوص هذا القانون فلا بد وأن يكون محل المال المستولى عليه بضائع معينة. وعليه، فإنه من الأهمية بمكان تحديد الوسيلة التي تم بها تجسيد الأسرار التجارية. ولقد جرت المحاكم الأمريكية على اعتبار أن هناك استيلاء على الأسرار التجارية إذا كانت مكتوبة أو مسجلة على أوراق خاصة بالشركة مالكة للمعرفة الفنية.

ففي قضية *United States v. Greenwald* (١٧٧)، والتي تضمنت قيام بعض الباحثين في شركة Pearsall، المالكة لبعض المعارف الفنية في شكل تركيبات كيميائية من شأنها تأخير انتشار النيران عند اندلاع الحرائق، بسرقة الوثائق المسجل عليها هذه الأسرار التجارية وبيعها إلى إحدى الشركات المنافسة لقاء مبلغ أربعين ألف دولار. وكانت شركة Pearsall هي الوحيدة التي تمتلك هذا السر التجاري، مما كان يمنحها ميزة تنافسية كبيرة في هذا المجال. ولكن ثار التساؤل عما إذا كانت المعرفة الفنية أى المعلومات الكيميائية يمكن أن تدخل في مفهوم "البضائع" المسروقة التي يتم نقلها من ولاية إلى أخرى؟

هنا ركزت المحكمة على الشكل الذي حصل فيه تجسيد لهذه المعرفة، مؤكدة أن هذه الوثائق المسروقة كانت ملكا لشركة Pearsall وعلى أوراق خاصة بها، وهى وثائق هامة لها قيمة كبيرة في سوق المعالجة الكيميائية للحريق. على أنه وإن كان من المهم الأخذ في الاعتبار الشكل الذي تتجسد

(١٧٧) انظر:

فيه هذه المعلومات، فإن القيمة الحقيقية لها هي في ذات المعلومات، وليس مجرد الأوراق المكتسوبة أو المسجلة عليها (١٧٨). أيضا في قضية: *United States v. Lester* (١٧٩) توصلت المحكمة إلى حل أكثر جرأة. وتتلخص وقائع هذه القضية في سرقة أحد العاملين في شركة *Gulf Oil Company* لبعض الخراطم الجيولوجية التي تحدد مواقع اكتشاف البترول، وقيامه ببيعها إلى شركة *Lester* المنافسة، ليس فقط عن طمع في الربح وإنما أيضا بدافع الانتقام من الشركة صاحبة المعلومات بسبب تخطيها له في الترقية، مع تعهد شركة *Lester* بدفع مبلغ معين بالإضافة إلى عمولة تؤدي إليه نظير اكتشاف أي بئر بترولي جديد بناء على هذه المعلومات الجيولوجية. وعندما وجهت إلى العامل تهمة السرقة قال محاميه بأن القانون يتطلب لوجود هذه الجريمة أن يكون هناك نقل لبضائع معينة مملوكة لشخص آخر، ولما كان العامل لم يقم بنقل الخراطم الجيولوجية ذاتها والمملوكة لشركة *Gulf*، وإنما قام بتصويرها، فمن ثم لم يتحقق أي نقل *Transportation* للمستندات الأصلية المملوكة لشركة *Gulf*، وبالتالي فليس هناك استيلاء على حق الملكية. ولقد رفضت المحكمة هذا الدافع وقالت إن الملكية تتمثل أصلا في المعلومات السرية التي توضحها الخراطم، ذلك لأن المنافس لن يدفع ثمنا باهظا في أوراق ما إلا لما تمثله من قيمة معينة.

(١٧٨) القضية السابقة في ص ص ٣٢٠ - ٣٢١. كما هو مشار إليها في *Epstein*.

(١٧٩) انظر:

United States v. Lester, 282 F. 2d 750 (3d Cir. 1960).

كما هو مشار إليه في *Epstein*، المقالة المشار إليها سابقا، في ص ٨ - ٥ B.

ومن ثم لا يهيم الوسيلة أو الأداة التي انتقلت بها هذه المعلومات، وسواء كان ذلك عن طريق المستندات الأصلية أو عن طريق صور Copies أخذت لها (١٨٠). وأكدت المحاكم الأمريكية المعنى السابق في قضية United States v. Bottone (١٨١)، حين قام أحد العاملين في شركة Cynamaid، وهى إحدى الشركات الكبرى فى الصناعات الكيميائية، بسرقة المعلومات المرتبطة بحياة بعض الكائنات الدقيقة - micro organism وبيعها إلى شركة منافسة. وادعى العامل عدم حصول السرقة على أساس أن الأوراق التي نقل عليها هذه المعلومات كانت ملكا له، وليست ملكا للشركة. حينئذ أعلنت المحكمة أنه على الرغم من أن الأوراق التي تم نقلها إلى الشركة المنافسة هى ملك للعامل، إلا أن المقصود بالملكية فى معنى القانون، هى ملكية المعلومات نفسها، وليس ملكية السند المادى الذى تتجسد فيه. والسند المادى ما هو إلا مجرد أداة نقل المعرفة الفنية (١٨٢).

والواقع أن الأحكام السابقة كانت تعالج مسألة سرقة المعرفة الفنية كلما تجسدت فى سند مادى معين. ولكن المشكلة الحقيقية تكمن فى حماية نقل المعرفة الفنية متجردة عن أى سند مادى. ومثال ذلك أن يقوم أحد العاملين فى مشروع ما باستيعاب وحفظ المعلومات السرية فى ذاكرته memory ، ثم الإقضاء بها إلى مشروع منافس. فى هذه الحالة، هل يمكن القول بأن هذه المعلومات المجردة عن أى سند مادى، يمكن أن يطبق عليها وصف

(١٨٠) للقضية السابقة فى ص ص ٧٥٢ - ٧٥٥.

(١٨١) انظر:

United States v. Bottone, 365 F. 2d 389 (2d Cir. 1966)

كما هو مشار إليه فى Epstein ، المقالة السابقة فى ص ١٠ - B 5 .
(١٨٢) الحكم السابق فى ص ٣٩١.

"البضائع" goods التي يتم نقلها بين الولايات؟. في الواقع إنه قد يكون من الصعب في هذه الحالة قبول القول بأن المعرفة الفنية، التي لا تتجسد في سند مادي، يمكن أن تمثل بضائع بالمعنى الدقيق. ولذلك فلقد حرصت نقابة المحامين الأمريكية، قسم براءات الاختراع والعلامات التجارية، على اقتراح إدخال تعديل على نص القانون بحيث يتم تجريم نقل أي "سر تجاري، أو شيء يتضمن سراً تجارياً ...". طالما تم الاستيلاء عليه بطريقة غير مشروعة (١٨٣). وبهذا المعنى يتأكد المعنى الحقيقي على ملكية المعرفة الفنية ذاتها، بغض النظر عما إذا كان هناك سند مادي معين يجسدها، أو لا يوجد مثل هذا السند.

(ب) فكرة ملكية المعرفة الفنية في القوانين الجنائية للولايات:

تبنت العديد من الولايات الأمريكية قوانين جنائية معينة تجرم الاستيلاء على الأسرار التجارية أو سرقتها. وحددت هذه القوانين بشكل صريح دخول الأسرار التجارية في مفهوم حقوق الملكية التي يكون الاستيلاء عليها أو سرقتها موضوعاً للتجريم (١٨٤). من ذلك ما نصت عليه المادة العاشرة من التفتين الجنائي لولاية الاباما من أن موضوع الملكية المقصودة في مفهوم هذا القانون تنصرف إلى أي ثقل، حقوق الملكية الشخصية المادية أو المعنوية، الملكية العينية (التي يمكن أن يتغير محلها) شاملة الأشياء القابلة

(١٨٣) أنظر مقالة Epstein السابقة، في ص 12 - B 5 ، هامش ٤٦.

(١٨٤) أنظر بصفة خاصة في القوانين الجنائية للولايات الأمريكية المختلفة، والخاصة بسرقة الأسرار التجارية، مقالة Epstein ، السابق الإشارة إليها، بعنوان: Criminal Liability المشار إليها سابقاً، في ص 22 - B 5 ، 158 - B5 .
وأنظر بصفة عامة:

Don Wiesner & Anita Cava, Stealing Trade Secrets Ethically, Vol. 47 Maryland Law Review, 1075 - 1128 (1988).

للزيادة، أو تلك الثابتة في الأرض، أو الثابتة في مستندات، الحقوق العقدية، الحق في التصرف، المصلحة أو الحق في المطالبة، الائتمان، أو أى سلعة أو شئ ذي قيمة معينة ومن أى نوع" (١٨٥).

كذلك فإن القانون الجنائي لولاية أركنساس ينص في المادة ٦ على أن مفهوم حق الملكية ينصرف إلى "الحقوق المعينة على الأشياء المادية، وللحقوق على الملكية الشخصية والمعنوية، شاملة النقود، أو أى أوراق أو وثائق تمثل أى شئ ذي قيمة معينة" (١٨٦). وهذا النص يدخل الأسرار التجارية في مضمون حق الملكية، لأن المادة العاشرة من نفس القانون تعرف السر التجارى بأنه "يشمل المعلومات الفنية ككل أو جزء منها، تصميم، وسيلة، منتج، مركب ما، أو أى تحسين ليس فى متناول أى شخص عدا ذلك الشخص الذى يمتلكها .." (١٨٧).

كذلك توجد نصوص مشابهة فى القانون الجنائي لولاية تكساس. فالفقرة ٤ / من الفصل ٥٠٣١ من هذا القانون تعرف السر التجارى بأنه "التكوين الكامل أو الجزئى لأى معلومات تقنية، تصميم، وسيلة، إجراء ما، مركب، أو أى تحسين ما له قيمة معينة عند المالك، والذي يأخذ المالك

(١٨٥) انظر المادة العاشرة من:

Section 13 A - 8 - 1, Ala. Code tit. 13 A - 13 A - 8 - 1 (1975).

كما هو مشار إليها فى: Epstein, Criminal Liability السابق الإشارة

الإشارة إليها فى ص 23 - B 5 .

(١٨٦) انظر المادة السادسة من:

Section 41 - 2201 Ark. Stat. Ann. 41 - 2201 (1975).

كما هو مشار إليها فى مقالة Epstein ، السابقة فى ص 31 - B 5 - 30 .

(١٨٧) انظر المادة العاشرة، من نفس قانون ولاية أركنساس، المشار إليه سابقا.

احتياطاته لكي لا يصل إلى علم الآخرين إلا هؤلاء الذين يختارهم المالك بنفسه لكي تكون لهم ميزة التعرف عليها". وتتخلل الفقرة (B) من نفس الفصل هذه الأسرار في عدداً حقوق الملكية التي يشكل الاستيلاء عليها جريمة سرقة حيث تنص على أن "يكون الشخص مرتكباً للجريمة، لو أنه بدون الرضاء التام للمالك قد قام: ١ - بسرقة السر للتجاري، أو ٢ - قام بعمل حق أو نسخ Copies من الوثائق أو الشيء الذي يتمثل فيه السر التجاري، أو ٣ - يقوم بالاتصال بالغير لإعلامه أو نقل السر التجاري إليه .." (١٨٨).

وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة ولاية تكساس بمعاينة أحد العاملين السابقين في شركة Texas Instruments Automatic Computer Corp. على جريمة سرقة بعض برامج الكمبيوتر وبيعها إلى إحدى الشركات المنافسة. وفي معرض تسببها للحكم قالت المحكمة بأنه يتعين رفض حجة المدعى من أن قانون ولاية تكساس يعاقب على جريمة سرقة الأشياء المملوكة إذا بلغت خمسين دولاراً، وأن الجريمة لذلك لم تتوفر لأن قيمة الشرائط التي سجلت عليها برامج الكمبيوتر لا تتجاوز أكثر من خمسة وثلاثين دولاراً. فالقيمة الحقيقية للبضائع المسروقة لا تتمثل في هذه الشرائط، وإنما فيما تحويه من معلومات. وعليه أسست المحكمة حكمها على أساس أن سرقة برامج الكمبيوتر نفسها كمعلومات يعتبر استيلاء على حق من حقوق الملكية بالمعنى الدقيق (١٨٩).

(١٨٨) انظر (Vernon 1974) 31 - 05 Tex. Penal Code Ann. tit 7

مشار إليه في مقالة Epstein السابقة، في ص 138 - B 5 .

(١٨٩) انظر الحكم الصادر في قضية:

والواقع أن جميع الولايات الأمريكية قد تبنت، وبلا استثناء، قوانين جنائية تجرم سرقة الأسرار التجارية، واعتبار الاستيلاء عليها حقاً من حقوق الملكية (١١٠). لذا نكتفى بالأمثلة التي أوردناها في هذا الخصوص.

والخلاصة، أن القانون الأمريكي يعترف بحق ملكية المعرفة الفنية، كما أكد القضاء الأمريكي ذلك في أحكام قضائية كثيرة. والاعتراف بالحق في ملكية المعرفة الفنية كحق عيني، بالمعنى الدقيق، يتيح للمالك وسائل الحماية المكفولة للدفاع عن هذا الحق ضد أي اعتداء، لو أي استيلاء غير مشروع عليها. كما أن القانون الجنائي الفيدرالي، وكذلك القوانين الجنائية للولايات المختلفة، تجرم سرقة المعرفة الفنية، باعتبارها سرقة شيء مملوك لشخص ما.

وعليه، تظهر أهمية إضفاء حق الملكية على المعرفة الفنية إذا لم تكن تربط المالك بالشخص الذي استولى عليها أي رابطة معينة من روابط الثقة. أما إذا كانت رابطة معينة، أو علاقة ثقة ما تربط المالك بالمتلقي، فإن القضاء الأمريكي بصفة عامة يفضل تأسيس الحماية القانونية للمعرفة الفنية على ضرورة احترام هذه العلاقة، وذلك كما سيوضح لنا في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

Hancock v. State, 402 S.W. 2d 906 (Cl. Crim. App. 1966).

كما هو مشار إليه في مقالة Epstein، السابق الإشارة إليها، في ص 140 - B 5، هامش (١٧٠).

(١٩٠) أنظر بصفة خاصة مقالة Epstein، السابق الإشارة إليها.

المبحث الثاني .

الأساس القانوني لحماية المعرفة الفنية فى القانون الأمريكى (نظرية علاقة الثقة)

تمهيد وتقسيم

رأينا أن مبادئ الشريعة العامة فى القانون الأمريكى تعترف بحق الملكية على المعرفة الفنية؛ وعليه، فإن اغتصابها يمكن أن يودى إلى إثارة كل من المسئولين المدنيين والجنائية. فحق الملكية يمكن أن يكون أساسا لدعوى المضرور. على أن المحاكم الأمريكية لا تستند إلى حق الملكية كأساس للحماية إلا إذا كان هو الأساس الوحيد الذى تبنى عليه الدعوى، أى فى حالة عدم وجود أى علاقة بين مالك المعرفة الفنية ومغتصبها. أما إذا توفرت علاقة معينة قائمة على وجود عناصر من الثقة بين مالك المعرفة الفنية والمتلقى لها، فإن المحاكم الأمريكية، بصفة عامة، تفضل بناء الحماية على وجود هذه العلاقة لأنها تخولها إضفاء حماية أكبر على المضرور مالك المعرفة الفنية (١٩١)، من ذلك مثلا إمكان الحكم له بتعويضات رادعة punitive damages ضد الشخص الذى أساء استخدام المعرفة الفنية خارج علاقة الثقة وبصفة خاصة إذا كان أساس التعويض هو نظرية المسئولية Tort .

(١٩١) أنظر فى هذا المعنى:

المشار إليه سابقا فى ص ص ١٧٥ - ١٧٨ . Turner, The Law of Trade Secrets

وفيما يلي سوف نقوم بعرض نظرية علاقة الثقة والأسس الفنية التي
تبنى عليها، مع عرض بعض التطبيقات القضائية لهذه النظرية. وعليه،
يمكن تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : مضمون نظرية علاقة الثقة.

المطلب الثاني : الأسس الفنية لنظرية علاقة الثقة.

المطلب الأول

مضمون نظرية علاقة الثقة

أولاً - فكرة علاقة الثقة:

تقوم نظرية علاقة الثقة Confidential relationship على فكرة أن مالك المعرفة الفنية له الحق في منع شخص المتلقى الذي تربطه به علاقة خاصة من القيام باستعمال أو استغلال هذه المعرفة في خارج نطاق هذه العلاقة، لجنى ميزات معينة أو للإضرار بالمالك (١٩١).

وعلى مالك المعرفة الفنية أن يبرز سرية هذه المعرفة وجدارتها بالحماية القانونية (١٩٢)، ثم عليه إثبات أن المعرفة قد وصلت إلى المتلقى عن طريق علاقة خاصة تخول للأخير الحصول على المعلومات السرية بطريق مشروع (١٩٣). وهذه العلاقة الخاصة تتألف من ثلاثة عناصر: فلوأ، بتعيين

(١٩٢) أنظر في ذلك:

Michael Epstein, Modern Intellectual Property
٥٨.

أنظر أيضاً : Milgrim, Trade Secrets المشار إليه سابقاً، الجزء الأول، الفصل الرابع، في ص ١٢. وأنظر كذلك في عرض مفهوم نظرية علاقة الثقة في لفتون الأمريكي، الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات المرجع المشار إليه سابقاً في ص ١٦٢، وكذلك راجع الأحكام القضائية لتي عرض لها، في ص ١٦٢ - ١٦٥ من ذات المرجع.

(١٩٣) أنظر:

Turner, The Law of Trade Secrets
٣٨٧.

(١٩٤) أنظر:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How

المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٣٢٨.
أنظر كذلك:

أن يكون مالك المعرفة الفنية واضعاً ثقة ما في المتلقى، ليس فقط في القيام بواجب معين أو الامتناع عن فعل ما، وإنما في التزامه العام بالمحافظة على مقتضيات هذه الثقة؛ فالتزام المتلقى بالسرية لا ينشأ عن واقعة الإفشاء له بخبايا المعرفة الفنية، وإنما بسبب وجود علاقة ثقة سابقة أو معاصرة لاتصال علمه بها (١٩٦). والثقة المقصودة ليست ثقة متبادلة، إنما هي ثقة من منظور مالك المعرفة، أي الثقة التي يقدر هو مداها وأهميتها (١٩٦). وثانياً، يجب أن يعلم المتلقى بوجود هذه الثقة. ويتحصل هذا العلم إما من وجود شرط صريح في العقد، أو شرط ضمني يشير إلى ذلك. ومع هذا فلا يجب إعفاء المتلقى من العلم بوجود هذه الثقة عند تخلف الشرط الصريح أو الضمني؛ بذلك، إذ يكفي لاستخراج هذا العلم أن تشير الظروف التي حصلت فيها العلاقة إلى وجود ما يبرر اعتقاد المتلقى بأن مالك المعرفة الفنية قد وضع ثقته فيه (١٩٧). وأخيراً، فإن علاقة الثقة تفترض وجود التزام علم

James Staples & Bertagonli, Know - How in the United States

المرجع المشار إليه سابقاً في ص ٢٧٨.
أنظر أيضاً:

Tuth E. Leistsensnider, Trade Secret Misappropriation : What is the Proper Length of an Injunction after public disclosure? Vol. 51 Albany Law Review, 271 -292, (1987).

وبصفة خاصة في ص ٢٧٩.

١٩٥١، أنظر:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، الجزء الأول، الفصل

الرابع، في ص ١٩.

(١٩٦) أنظر في هذا المعنى:

Milgrim, Trade Secrets المرجع السابق، في ص ١٩. ويجدر لبعض ذلك

على أسس أن ما تم الإفشاء به هو حق ملكية ينبغي صيانته في كل الأحوال من منظور المالك: أنظر:

Dessementet, The Legal Protection المرجع السابق الإشارة إليه، في ص

٢٣٨.

(١٩٧) أنظر Milgrim . المرجع السابق، في ص ١٩. أنظر أيضاً:

Michael Epstein, Modern Intellectual Property

على عائق المتلقى بعدم إفشاء سرية المعرفة الفنية خارج نطاق العلاقة بينهما، أو استعمالها بطريقة تضر بالمالك الأصلي. ويلاحظ أن التزام المتلقى بالحفاظ على السرية ليس فقط التزاماً عقدياً وإنما هو أيضاً التزام قانوني Legal duty (١٩٨)، ومن ثم، فإن مالك المعرفة الفنية يمكن أن يؤسس دعواه على نظرية العقد ونظرية المسؤولية التقصيرية Tort معاً، وذلك كما سنرى لاحقاً. وهذا جائز طبقاً لقواعد الشريعة العامة، حيث لا يجبر المضرور على الخيار بين الاستناد إلى أى من المسئوليتين العقدية أو التقصيرية (١٩٩).

والواقع أن الأمثلة على هذه العلاقات الخاصة كثيرة ومتنوعة. ولعل أبرزها علاقة رب العمل بالعمال. فقد حكم بأن علاقة العمل تنشئ، فى حد ذاتها، علاقة ثقة بين رب العمل والعمال، بحيث يكون من بين التزامات العمال ألا يقوم باستخدام الأسرار التجارية، التى وصلتته خلال رابطة العمل، لمصلحته الخاصة أو إذاعتها لمنافس رب العمل (٢٠٠). كما ذهبت أيضاً

المرجع المشار إليه سابقاً، فى ص ٥٨.

(١٩٨) أنظر:

..... Milgrim, Trade Secrets المرجع السابق، فى ص ١٩ - ٢٠.

(١٩٩) أنظر فى ذلك:

Dessementet, The Legal Protection of Know - How ...

المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ٣٢٢.

(٢٠٠) أنظر:

Michael Epstein, Modern Intellectual Property

المرجع المشار إليه سابقاً، فى ص ٥٩.

أنظر أيضاً:

Turner, The Law of Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ٢٨٧، وما بعدها. والأحكام القضائية لكثيرة المشار إليها فيه، وبصفة خاصة

فى ص ٢٨٨ - ٢٩٦ من ذات المرجع.

بعض الأحكام الأمريكية إلى أن عقد الترخيص باستخدام المعرفة الفنية ينشئ علاقة ثقة بين المرخص والمرخص له تلزم الأخير بالمحافظة على السرية، حتى ولو لم يوجد شرط صريح أو ضمنى بذلك (٢٠١). كما طبقت المحاكم الأمريكية نظرية الثقة في العلاقة بين المرخص Franchisor والمرخص له Franchisee في عقد الامتياز التجاري Franchising، حيث ذهبت إحدى المحاكم بأن هذا العقد يقيم التزاماً على عاتق المرخص له بعدم إفشاء الأسرار الخاصة بقائمة الموردين الذين يتعامل معهم المرخص بالنظر إلى أهمية هذه المعلومات وخطورة أثارها بالنسبة لعقد الامتياز نفسه (٢٠٢).

== ونظر أيضاً في تطبيقات ذلك:

Thornton Robinson, The Confidence Game: An Approach to the Law about Trade Secrets, Vol 25 Arizona Law Review 347 - 393 (1983).

وبصفة خاصة في ص ٣٧٢ - ٣٨٣.

(٢٠١) ومن ذلك الحكم الصادر في قضية:

Schreyer v. Casco Prods. Corp, 190 F. 2d 924 (2d Cir. 1951).

حيث ذهبت المحكمة إلى أنه على الرغم من غياب شرط صريح على الالتزام بالسرية، فإن مفوضات عقد الترخيص بين الطرفين كانت تشير إلى أن المرخص كان ينوي ألا يتيح للمرخص له استعمال المعرفة الفنية خارج النطاق المحدد في العقد نفسه. هذا الحكم مشار إليه في:

Micheal Epstein, Modern Intellectual Property.

المرجع المشار إليه سابقاً في ص ٥٩، هامش (١٤)،

ونظر أيضاً:

..... Turner, The Law of Trade Secrets

القضائية الكثيرة المشار إليها فيه، في ص ٣١٦ - ٣٢٥ من ذات المرجع.

(٢٠٢) أنظر الحكم الصادر في قضية:

General Business Services, Inc. v. Rouse, 495 F. Supp. 5276, 531 - 32 (E.D. Pa. 1980).

كما هو مشار إليه في:

Epstein, Modern Intellectual Property

المرجع السابق الإشارة إليه، في ص ٦٠، هامش (١٧).

على أنه يتعين ملاحظة أن القضاء الأمريكي لا يشترط لقيام الالتزام بالمحافظة على سرية المعرفة الفنية على عائق المتلقى أن يتم إبرام عقد ما، ذلك أنه يكفي لاستخلاص علاقة الثقة أن يكون الأطراف قد بدؤوا في صياغة عقدهم أو المفوضية بشأنه. فعلاقة الثقة تبدأ من الوقت الذي يتصل فيه علم المتلقى بالمعلومات الفنية السرية، حتى ولو لم يتم انعقاد عقد ما. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فلا يشترط لكي يقيم مالك المعرفة الفنية دعواه ضد المتلقى بالالتزام بالسرية أو عدم استخدامها خارج الحدود المخصص بها أو المسموح بها، أن يحصل فعلاً إقضاء للسرية أو استعمال غير مخصص به، وإنما يكفي أن يكون هناك احتمال لحصول ذلك والإضرار بالمالك وبمصلحته (٢٠٦). ويفسر هذا الحكم على أساس أن مطالبة المالك بالانتظار إلى حين حصول الضرر فعلاً قد يكون أمراً من الصعب تدركه، إذ بإقضاء سرية المعرفة الفنية يذوب حق المالك عليها، ولا يبقى له إلا الحصول على التعويض damages ، بينما إتاحة الفرصة للمالك في إقامة الدعوى حتى قبل حصول الإقضاء بالسرية يمكنه من فرصة للحصول على ما يعرف في القانون الأمريكي بالأمر القضائي Injunction لإلزام المتلقى للمعرفة الفنية بالكف عن أي عمل من شأنه الإضرار به.

على أنه يتعين علينا أن نشير في هذا المقام إلى أن علاقة الثقة، وإن كانت تنشأ في الكثير من الأحوال مرتبطة بعقد ما، سواء كان هذا العقد صريحاً أم ضمنياً، فإن القضاء الأمريكي يسمح بقيام هذه العلاقة خارج نطاق الأفكار التعاقدية، وهذا على خلاف القضاء الإنجليزي الذي يربط بينها

وبين العقد (٢٠٤). فالقضاء الأمريكي يتوسع في مفهوم علاقة الثقة ويمدها خارج نطاق العلاقات العقدية. وهنا تتجلى أهمية نظرية علاقة الثقة كأساس لحماية المعرفة الفنية حيث يقوم القضاء بإلزام شخص المتلقى لها بالحفاظ على سريتها وعدم إساءة استعمالها، حتى عند تخلف أى التزام عقدي يلزمه بذلك صراحة أو ضمناً. وهناك تطبيقات قضائية عديدة فى القانون الأمريكى لهذه الفكرة. وسوف نقدير إلى البعض منها فى المطلب الثانى من هذا المبحث عند الكلام عن التطبيقات القضائية لنظرية علاقة الثقة. على أننا نكتفى هنا بالإشارة إلى أحد هذه التطبيقات الهامة، وهى حالة قيام نوع من التعاون بين طرفين لحل مسألة فنية معينة، دون وجود أى تعاقد بينهما. ففى قضية: *International Industries v. Warren Petroleum* (٢٠٥) وللتى تضمنت اهتمام كل من الشركة المدعية، والشركة المدعى عليها بنقل غاز البترول المسال، فأرسل المدعى إلى المدعى عليه دراسة اقتصادية حول كل الجوانب التى يجب مراعاتها لنقل مثل هذا الغاز.

وتضمنت وقائع القضية تقدير المدعى عليه لأهمية هذه الدراسة. كما قام المدعى بعدئذ بالتخطيط لتنفيذها. وتم عقد اجتماع بين ممثلى الشركتين لتبادل الراى حول هذه المسألة. على أن الشركة المدعية، أعلنت عندئذ عدم

(٢٠٤) أنظر فى ذلك:

Turner, The Law of Trade Secrets
٣٠٨ - ٣٠٧

(٢٠٥) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

International Industries v. Warren Petroleum, 91 U.S.P.Q 198 [99 F. Supp. 907] (D.C. Del 1991).

وهو حكم مشار إليه فى:

Turner, The Law of Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً فى ص ٣١٢.

اهتمامها بأسلوب معالجة الشركة المدعية للمشكلة، وأنها ستسأنف أبحاثها حول هذه المسألة بطريقة مستقلة. هنا قالت المحكمة بأن الطرفين انصرفوا لاهتمامهما لبحث نفس المشكلة، وأن المعلومات التي ألقى بها المدعى، تم تبادلها على أساس من الثقة، ومن ثم فلا يكون للشركة المدعى عليها، بعدئذ أن تستخدم نتائج هذا البحث بأي طريقة، وإلا تكون قد همت الثقة التي وضعها فيها للمدعى.

ويشور التساؤل عما إذا كانت نظرية علاقة الثقة تنحصر بين أطراف هذه العلاقة، أم أن آثارها يمكن أن تمتد إلى الغير، بحيث يمكن إلزامه بعدم استخدام المعرفة الفنية دون إذن المالك، والالتزام بعدم إفشاء سريةها مثله في ذلك مثل الشخص الذي تلقاها من خلال علاقة الثقة؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه، وفقا لأحكام القانون الأمريكي في الفقرة التالية.

ثانيا - مدى امتداد آثار نظرية علاقة الثقة إلى الغير:

قد يحدث أن يستفيد الغير Third Party بطريقة ما من المعارف الفنية التي اكتسبها المتلقي عند ارتباط هذا الأخير بعلاقة ثقة مع مالكها. ومثال ذلك قيام العامل الذي حصل على أسرار المعرفة الفنية من الشركة المالكة لها بترك الخدمة فيها، والاتحاق بوظيفة أخرى لدى شركة منافسة. فهل يمتد أثر علاقة الثقة بين العامل ورب العمل الأول، ويتم منع الشركة الثانية المنافسة من استخدام المعرفة الفنية، على الرغم من أن هذه الشركة الأخيرة لم تكن طرفا في هذه العلاقة بأي شكل من الأشكال؟

هذا تجب التفرقة بين ما إذا كان الغير حسن النية أم سيئ النية.

الفرض الأول: إذا كان الغير حسن النية: في هذا الفرض نواجه شخصا لا يعلم بوجود المعرفة الفنية في حوزة من يتعامل معه. مثال ذلك قيام أحد العاملين في شركة ما، بعد العمل لديها واتصال علمه بالمعرفة الفنية والتزامه بمقتضى علاقة ثقة بعدم الإفشاء عنها للغير، بالالتحاق بالعمل في شركة منافسة مع عدم علم هذه الأخيرة بأن هذا العامل يحوز معلومات سرية لا يمكنه استخدامها خارج نطاق علاقة الثقة السابقة. ومع هذا يقوم هذا العامل، لسبب أو لآخر، بإفشاء سرية هذه المعرفة الفنية إلى الشركة المنافسة. الفرض إذا أن الغير حسن النية Innocent ، ومع هذا فإن استخدامه للمعرفة الفنية التي حصل عليها بهذا الأسلوب غير مشروع لأنه يشكل اعتداء على حق المالك الأصلي (٢٠٦).

لا شك أن الشركة الأولى المالكة للمعرفة الفنية يمكنها أن تقطع كل السبل على الغير حسن النية، وذلك إذا ما أخطرته صراحة، بمجرد التحاق العامل للعمل لديه بأن هذا العامل يحمل أسراراً تجارية معينة أو معارف فنية على درجة كبيرة من الأهمية، وأن أي استخدام لها يمثل ضرراً لها. في هذه الحالة، فإن مثل هذا الإخطار Notice يؤدي دوراً وقائياً في مواجهة الغير حسن النية (٢٠٧).

(٢٠٦) انظر في طرح هذا الفرض ومناقشته:

Turner, The Law of Trade Secrets ... المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ص

٤١٣ - ٤١٨.

(٢٠٧) انظر:

ومع هذا جرى القضاء الأمريكى على الحكم بمنع الغير حسن النية من استخدام المعرفة الفنية بأى حال من الأحوال إذا دلت ظروف الحال على أنه على الرغم من حسن نيته^(٢٠٨)، إلا أنه كان يتعين عليه التنبه إلى وجود علاقة الثقة السابقة والتي تمنع العامل من الإقضاء بأسرار المعرفة الفنية. ولعل قضية (٢٠٩) Rise من أهم السوابق القضائية فى هذا الخصوص. فلقد قامت شركة Carter بتطوير نوع جديد من أنابيب كريم الحلاقة تحت اسم Rise. أما شركة Colgate Palmolive فلقد بذلت محاولات عديدة ولمدة ستة أشهر كاملة، وفى ظل أبحاث مكثفة، للتوصل إلى تحليل المنتج reverse engineering من أجل التعرف على سر التركيبة الخاصة بالمنتج Rise. ومع هذا، باءت مجهوداتها بالفشل. وبعد فترة وجيزة قام أحد العاملين السابقين فى الشركة الأولى أى شركة Carter بترك الخدمة، والالتحاق بوظيفة لدى شركة Colgate. وكان هذا العامل كيميائياً على علم بسر تركيبة Rise. على أنه عند التحاقه بشركة

_____ = Milgrim, Trade Secrets, الخامس وبصفة خاصة فى ص ص ٩٠ - ٩١.

(٢٠٨) وهذا ما يطلق عليه البعض التنبيه الضمى Implied Notice. انظر فى ذلك: Dessemontet, The Protection of Know - How المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ٣٦٢. يذكر هذا المؤلف أن المقصود بحسن نية هو:

"Actually good faith is defined as being ignorance of the obligation of secrecy. But the judge cannot know what was going on inside the defendant's mind; he has to content himself with appearances and assumptions. Consequently, Unless the bad faith of a third party be proved by his own admission, or an actual notice be served on him by the owner in good and proper form, the judge shall be satisfied if bad faith is only seemingly probable".

انظر مؤلف Dessemontet، السابق، فى ص ٣٦١ - ٣٦٢.

(٢٠٩) انظر الحكم الصادر فى قضية:

Carter Prods. Inc. V. Colgate Palmolive Co., 130 F. Supp. 557 (195).

Colgate لم يفسح بأى طريقة من الطرق عن معرفته وعلمه بالأسرار التجارية التى اكتسبها أثناء فترة عمله السابقة فى شركة Carter. كما أن شركة Colgate لم تكن تدرك عن وجود أى علاقة ثقة بين العامل والشركة المالكة للمعرفة الفنية الخاصة بالمنتج Rise . ولكى يبرز هذا العامل فى الشركة الجديدة قام بإرشادهم عن الأخطاء التى وقعوا فيها عند تحليلهم لعناصر المنتج، وإن لم يكن قد أعطاهم صراحة المعرفة الفنية، إلا أن ذلك كان كافياً لمعرفة التركيب الكيميائى للمنتج والبدء فى تصنيعه. عندئذ قامت الشركة الأولى Carter برفع دعوى ضد شركة Colgate لوقف هذا التعدى^(٢١٠). ولقد أصدرت المحكمة الفيدرالية حكماً بمنع استمرار شركة Colgate من استخدام المعرفة الفنية مع تحملها بدفع تعويض قدره خمسة ملايين دولار للشركة المدعية. وفى تسبب حكماً قالت المحكمة أنه على الرغم من أن الشركة المنافسة كانت فعلاً حسنة النية، بمعنى عدم علمها بعلاقة الثقة التى تربط بين العامل وشركة Carter ، إلا أن حسن النية ينتفى فى هذه الحالة لأن مقتضيات المنافسة الشريفة fair business dealing ، كانت تقتضى من شركة Colgate عدم الوقوف عند المظهر السطحى للأمور، وأن تتقصى ما وراء هذا العامل المنقول إليها، وبصفة خاصة، أنه جاء من شركة منافسة قامت فعلاً بتطوير المعرفة الفنية للمنتج محل المنافسة. وإن تجاهل الشركة المدعى عليها القيام بما تفرضه قواعد المنافسة الشريفة من شأنه أن ينفى حسن النية^(٢١١).

(٢١٠) أنظر وقائع القضية، فى الحكم السابق، فى ص ٥٧٢ - ٥٧٣.

(٢١١) الحكم السابق فى ص ٥٧٣ - ٥٧٤.

على أنه في الأحوال التي يكون فيها الغير حسن النية وفقاً للمعيار الذي أرسته المحكمة في قضية Colgate ، فإن مدونة المسؤولية Restatement of tort تجعله أهلاً للحماية والاستمرار في استعمال المعرفة الفنية، طالما لم يتلق خطراً من المالك الأصلي يعرفه بوجود علاقة ثقة تحرم على الشخص الذي ألقى بسرار المعرفة الفنية إليه من الإنشاء بها أصلاً^(٢١٢). على أن المدونة تشترط حصول هذا الإخطار في وقت مناسب^(٢١٣). إذ لا فائدة من الإخطار إذا كان الغير حسن النية قد بدأ عملاً في الاستثمار بناء على المعرفة الفنية التي اتصلت بعلمه وأفق في سبيل اخراج المنتج لموا لا طائلة، قواعد العدالة تفرض في هذه الحالة استمراره في الاستغلال، وإلا ضاعت عليه أمواله^(٢١٤). وهذا أمر يؤكد الحماية الهشة للمالك المعرفة الفنية. على أن قواعد العدالة تملئ حتى في هذه الحالة أن يقوم هذا الغير بدفع مقابل عادل للمالك الأصلي^(٢١٥).

^(٢١٢) وفي ذلك تقول مدونة المسؤولية:

"One who learns another's trade secret from a third person without notice that is secret and that the third person's disclosure is a breach of his duty to the other, or who learns the secret through a mistake without notice of the secrecy and the mistake,

- (a) is not liable to the other for a disclosure or use of the secret prior to receipt of such notice, and
- (b) is liable to the other for a disclosure or use of the secret after the receipt of such notice, unless prior thereto he had in good faith paid value for the secret or has so changed his position that to subject him to liability would be inequitable".

انظر الفصل رقم ٧٥٨ من مدونة المسؤولية الأولى، مشار إليها في: Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٩٧ من الفصل الخامس، الجزء الأول.

^(٢١٣) انظر مدونة المسؤولية، السابق الإشارة إليها، في فقرة (a).

^(٢١٤) انظر مدونة المسؤولية، السابق الإشارة إليها في فقرة (b).

^(٢١٥) ولكن يثور التساؤل عن تقدير المقابل المادي الذي يتعين على الغير حسن النية أدائه إلى المالك الأصلي للمعرفة الفنية عن قبله باستعمالها في الفترة السابقة على

الفرض الثاني: إذا كان الغير سيئ النية (٢١٦) إذا كان الغير سيئ النية (٢١٦) ، وقام باستغلال المعرفة الفنية التي وصلته عن طريق شخص كان من المفروض أن يلتزم بالحفاظ على سريتها في نطاق علاقة ثقة مع مالكا الأصلي، فإن القضاء الأمريكي عادة ما يأمر الغير بالامتناع عن الاستمرار في الاستعمال أو الاستغلال، مع الحكم بالتعويض العادل (٢١٨).

ومع هذا، فإن إثبات سوء النية ليس أمرا سهلا، وخاصة أن الغير لا يتعامل مباشرة مع مالك المعرفة، ثم إنه سيحاول إخفاء سوء النية بأساليب عديدة. ومن الطرق التي يتم بها إخفاء سوء النية، قيام الغير بتشكيل شركة جديدة مع العامل الذي خصل على أسرار تجارية في علاقة سابقة من

الاحتيال؟ يذهب القضاء الأمريكي في مجموعه إلى أنه على القاضي أن يأخذ في الاعتبار المدة التي حصل فيها استعمال المعرفة الفنية، وأن يقوم هذا الغير بدفع نفقات التكنولوجيا، كما لو كان مرخصا له بها من قبل المالك. أنظر الأحكام القضائية الكثيرة التي أشار إليها Turner في مؤلفه عن قانون الأسرار التجارية السابق الإشارة إليه، وبصفة خاصة في ص ص ٤١٣ - ٤١٨. (٢١٦) أنظر في هذا الفرض:

Turner, The Law of Trade Secrets, المرجع المشار إليه سابقا في ص ص ٤١٩ - ٤٢٢.

(٢١٧) ويقصد بسوء النية علم الغير بوجود علاقة الثقة بين مالك المعرفة الفنية والمتلقي لها. أنظر في ذلك: Milgrim ، المرجع السابق، في ص ١٠٠. (٢١٨) ويتم تقدير التعويض في هذه الحالة - حسب القضاء الغالب - بمقدار الأرباح التي حققها الشخص سيئ النية، وكذلك أي أضرار لحقت مالك المعرفة الفنية بسبب هذا الاستعمال. أنظر في ذلك:

Dessemondet, The Legal Protection of Know - How

المرجع السابق الإشارة إليه، في ص ص ٣٦٣ - ٣٦٤.

شركة منافسة بحيث يمنع هذا العامل حصة في الشركة الوليدة تعادل ثمن إفشائه لأسرار المعرفة الفنية التي اكتسبها في علاقة الثقة السابقة (٧١٩).

وقد يصل سوء النية إلى ذروته إذا قام الغير بتحريض أحد العاملين في الشركة المالكة للمعرفة الفنية أو تحريضه لأحد المرخص لهم في استعمالها لإنشاء ما علمه من أسرار تجارية. وفي هذه الحالة، فإن المحاكم الأمريكية عادة ما تحكم بتعويضات رادعة Punitive damages ، بجانب التعويض عن الأضرار الحاصلة لصالح المالك الأصلي (٧٢٠).

(٧١٩) انظر في ذلك:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، الجزء الأول، الفصل الخامس، في ص من ص ١٠٢ - ١٠٣.

(٧٢٠) المرجع السابق، في ص ١٠٥، وما بعدها. انظر أيضاً Dessemontet, Legal Protection، المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٣٦٤.

المطلب الثانى

الأسس الفنية لنظرية علاقة الثقة

تمهيد:

ذكرنا من قبل أن القانون الأمريكى، فى ظل مبادئ الشريعة العامة، يبيح للمضروب الذى تم الاستيلاء على أسرارته التجارية رفع دعوى استرداد أو تعويض عن هذا الاستيلاء غير المشروع. أما إذا وجدت علاقة ما بين المضروب والمتلقى، فلا بد وأن تكون هذه العلاقة داخلية فى علاقات الثقة حتى يتمكن المضروب من طلب الحماية القانونية. فإذا لم ينطبق على العلاقة هذا الوصف، فقد المالك للمعرفة الفنية إمكانية الحماية القانونية.

وإذا ما توفرت علاقة الثقة، فإن قواعد الشريعة العامة تسمح للمضروب بإقامة دعواه بناء على عديد من الأسس والأفكار القانونية. فيجوز للمضروب تأسيس دعواه بناء على الأفكار العقدية، أو بناء على الأفكار الخاصة بالمسؤولية للاعقدية Tort ، أو حتى الإثراء بلا سبب، كلما توفرت شروط إعمالها. ويلاحظ فى هذا الخصوص أن قواعد الشريعة فى القانون الأمريكى لا تجبر المضروب على الخيار بين أى من المسئوليتين العقدية أو للاعقدية كأساس لدعواه بطلب التعويض أو العلاج القانونى Legal remedy. إذ يجوز للمضروب، بصفة عامة، تأسيس دعواه بناء على كل من الأفكار العقدية والمسؤولية التقصيرية، ولا تناقض فى هذا فى ظل

قواعد الشريعة العامة (٢٢١). ذلك أن وقائع الدعوى نفسها، والطلبات التي يدعى بها المضرور تسمح بهذا. فمثلا قد يطالب للمضرور بالحصول من المحكمة على أمر injunctive order لمنع المضرور من الاستمرار في استعمال الأسرار التجارية خارج نطاق علاقة الثقة؛ فإن كان أساس الدعوى هو العقد، فالمحكمة عادة لا تمنح هذا الأمر إلا في حدود المدة المنصوص عليها في العقد والتي يلتزم فيها المتلقى بعدم إفشاء الأسرار (٢٢٢)، أما إذا كان أساس الدعوى هو المسؤولية اللاعقدية، فإن أمر المنع قد يكون لمدة غير محدودة (٢٢٣). ومن مصلحة المضرور تأسيس طلباته على كلا النوعين من المسؤولية إذا رأى أن تحديد أمر المنع بمدة معينة لا يفي بالحماية الكافية وأن علاقة الثقة يمكن أن تستمر، حتى بعد المدة المعينة في العقد.

كما يرى المضرور إقامة دعواه بناء على الأساس التعاقدى وغير التعاقدى في نفس الوقت، وذلك للاستفادة من أحكام التعويض الذى تبيحه قواعد الشريعة العامة، فيحصل على تعويض عن الأضرار التي حاقّت به من وراء خرق العقد، مع إمكانية الحصول على تعويضات رادعة Punitive damages، والتي عادة ما يحكم بها وفقا لمفاهيم المسؤولية اللاعقدية Tort. وإذا قام المضرور بتأسيس دعواه على أحد أو بعض

(٢٢١) انظر في ذلك : Dessement، المرجع السابق، في ص ٢٢٢ - ٢٢٣. وانظر أيضا Turner، في مؤلفه، قانون الأسرار التجارية المشار إليه سابقا في ص ٢٦٥ - ٢٦٦.

(٢٢٢) انظر في ذلك : Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقا، الجزء الثانى، الفصل السابع، في ص ٢٨ - ٢٩.

(٢٢٣) للمرجع السابق، في ص ٢٨.

الأفكار المتقدمة، عندئذ تقوم المحكمة ذاتها باختيار الأساس الملائم الذي تبني عليه الحل القانوني المناسب، بل يجوز أيضا لمحاكم العدالة في ظل قواعد الشريعة العامة أن تبني دعواها على أكثر من أساس قانوني واحد، وأن تمنح المضرور حولا قانونية بناء على هذه الأسس المختلفة وفقا لما تمليه قواعد العدالة (٢٢٤).

وفيما يلي نحاول إبراز أهم الأسس القانونية التي تبني عليها دعوى علاقة الثقة الخاصة بحماية المعرفة الفنية. وهى نظرية العقد، نظرية شبه العقد، نظرية المسؤولية للاعقدية، الإثراء بلا سبب.

أولا - نظرية العقد Contract Theory

قد تكون علاقة الثقة بين مالك المعرفة الفنية مصدرها عقد ما، كعقد عمل، أو عقد ترخيص .. الخ. وقد يقوم الطرفان بالاتفاق على شرط صريح express condition يلزم المتلقى بالحفاظ على السرية فى إطار علاقة الثقة القائمة بينهما، ولا شك أن تضمين العقد شرطا صريحا بذلك من شأنه كفالة حماية فعالة لمالك المعرفة الفنية. فالشرط الصريح عادة ما يتضمن تحديدا لنطاق السرية من حيث الموضوع، أى تلك المعارف التي يتعين على المتلقى أن يحفظها فى طى الكتمان. كذلك قد يتضمن الشرط الصريح تحديدا لنطاق السرية من حيث الأطراف والمدة، أى الأشخاص

(٢٢٤) انظر فى هذا المعنى:

Dessemonet, The Legal Protection of Know - How

المرجع المشار إليه سابقا، فى ص ص ٣٢٢ - ٣٢٣، وأيضا هامش رقم (٢٨٩) فى ص ٣٢٢ من ذلك المرجع.

الذين لا يسمح لهم بالاطلاع بأى وجه من الوجوه على المعارف الفنية، وأيضاً المدة التي يلتزم خلالها المتلقى بعدم إنشاء السرية (٢٢٥).

فإذا لم يحصل احترام كامل للشرط الصريح، فلا جدل فى أن مالك للمعرفة الفنية محل العقد سياندر بالالتجاء إلى القضاء لإجبار المتلقى على احترام تعهده (٢٢٦)، وعند حصول إنشاء للسرية بالمخالفة لأحكام هذا الشرط، فإن القضاء غالباً ما يحكم بالتعويض العادل (٢٢٧).

(٢٢٥) أنظر فى هذا المعنى:

Michael Epstein, Modern Intellectual Property ...

المرجع المشار إليه سابقاً، فى ص ٥٢ - ٥٤. وأنظر فى مميزات، وضور الحماية التعاقدية للصريحة للمعرفة الفنية: مؤلف Milgrim، الأسرار التجارية، المشار إليه سابقاً، الجزء الأول، الفصل الثالث. والواقع أن الحماية التعاقدية بشرط صريح لا تقتصر على حالة إبرام عقد الترخيص أو بيع المعرفة الفنية مثلاً، ولكنها قد تمتد إلى الفترة السابقة على ذلك، أى فى مرحلة المفاوضات، حيث عادة ما يقوم الأطراف بإبرام عقد انتقالي interim agreement يلزم المفاوضات المتلقى بالكتمان، حتى عند فشل هذه المفاوضات. أنظر فى ذلك: Turner، فى مؤلفه: قانون الأسرار التجارية، فى ص ٢٦٩.

(٢٢٦) بل إنه إمعاناً فى حماية مالك المعرفة الفنية، فإن القضاء الأمريكى عادة لا يتردد فى منح المضرور وسائل حماية، فى ظل قواعد العدالة، حتى إذا كان هناك شرط صريح فى العقد يضع حدوداً معينة لها، طالما وجد القضاء أن هذا الشرط الصريح لا يبنى بمطالبات هذه الحماية. ومن تطبيقات ذلك، أن القضاء الأمريكى قد لا يقتصر على منح المضرور أمراً بوقف استعمال المعرفة الفنية بالمخالفة لعلاقة الثقة، طبقاً للشرط الصريح فى العقد، وإنما أيضاً يمنحه ضد الغير الذى يتصل علمه بها عن طريق المتلقى لها. والأمر Injunction بمنع المتلقى والغير بوقف استعمال المعرفة الفنية قد يكون هو العلاج الوحيد العادل لمالك المعرفة الفنية، لما قد يسفر عنه هذا الاستعمال من مضار لا يمكن تداركها إلا إذا صدر هذا الأمر. أنظر:

Milgrim, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، الجزء الثانى، الفصل

السابع فى ص ١٢٢ - ١٢٩.

(٢٢٧) المرجع السابق فى ص ١٥٢، وما بعدها.

ومع هذا، فإن خلو العقد من شرط أو نص صريح يلزم المتلقى بالحفاظ على علاقة الثقة بينه وبين مالك المعرفة الفنية لا يحرم المحكمة من استنباط وجود هذه العلاقة من النية المشتركة للطرفين، وما يقتضيه تنفيذ العقد من حسن نية. هنا تقوم المحكمة بإستقراء النية المشتركة للأطراف من خلال بنود العقد بصفة عامة، ومن خلال تصرفاتهم والوقائع السابقة واللاحقة على العقد، فإذا أمكنها استخلاص شروط ضمنية تلزم المتلقى بالحفاظ على السرية، فإنها تؤسس ذلك على نظرية العقد الضمني Contract implied in fact. ويزخر القضاء الأمريكي بتطبيقات عديدة لعلاقة الثقة المبنية على العقد الضمني (٢٢٨)، ومن ذلك القضاء William Hoeltke v. Kemp Manufacturing (٢٢٩). حيث قام أحد المخترعين بالاتصال بإحدى الشركات وعرض عليها الابتكار؛ فطلبت منه الشركة الكشف لها عن الاختراع، ونصحته أيضا بطلب براءة اختراع عنه. وبعد الكشف للشركة عن سرية الابتكار، أفضحت هذه الأخيرة عن عدم اهتمامها به. ومع هذا فلقد قامت باستعماله. وعند حصول المخترع على البراءة، قام برفع دعوى ضد هذه الشركة المذكورة لقيامها باستعمال الاختراع المذكور، في الفترة السابقة على منح البراءة. قال المدعى (المخترع) بوجود علاقة ثقة ناشئة

(٢٢٨) أنظر في حماية المعرفة الفنية المؤسسة على العقد الضمني:

Melvin Jager, Trade Secrets Law Handbook المرجع المشار إليه سابقا في ص ٤٧ - ٥١؛ وأيضاً راجع: Turner، في مؤلفه عن قانون الأسرار التجارية، المشار إليه سابقاً، في ص ٥٥؛ وأنظر كذلك Ridsalle Ellis، في مؤلفه: الأسرار التجارية، المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٨٣ - ٨٤.

(٢٢٩) أنظر الحكم الصادر في قضية:

William Hoeltke v. Kemp Manufacturing Co., 26 U.S.P.Q 114 (4th Cir. 1935, Parker C.J).

كما هو مشار إليه في مؤلفه Turner، السابق الإشارة إليه في ص ٢٧٤.

عن تقديمه لوصاف الاختراع إلى الشركة، وأن هذه العلاقة تجعل الشركة مسئولة عن استعمال الاختراع خارج حدودها. أما الشركة فلقد حاولت نفى هذه العلاقة على أساس أنه لم يوجد عقد صريح مع المخترع. ولقد ذهبت المحكمة إلى أن المخترع عندما عرض على الشركة وصف اختراعه، كان ذلك بنية البيع، وكانت الشركة على استعداد لذلك في بداية الأمر، ولذا عرضت عليه الكشف لها عن أسرار الابتكار. وإذا لم تكن هذه النية موجودة، فإن الشركة لم تكن لتطلب ذلك من المخترع، وما كان عليها إلا الانتظار لحين صدور البراءة. وعلى الرغم من عدم وجود أى اتفاق صريح على التزام الشركة بحفظ المعلومات التي وصلت إليها في سرية وعدم إفشائها، وعدم وجود أى اتفاق صريح يلزم الشركة بعدم استعمال الابتكار إلا إذا قامت بشرائه، فإنه في اعتقاد المحكمة، أن قواعد العدالة equity تقضى بوجود القول بأن هناك عقدا ضمنياً بذلك. ومن ثم فلا يجوز للشركة القول بعدم وجود علاقة ثقة بينها وبين المدعى تحول بينها وبين استعمال الاختراع؛ فهذه العلاقة موجودة بناء على فكرة العقد الضمنى (٢٣٠).

ولقد طبقت الدائرة الرابعة فكرة العقد الضمنى أيضاً في قضية Ackerman v. General Motors Corp. (٢٣١) ففي هذه القضية قام المخترع (المدعى) بالاتصال بعدة شركات لصناعة السيارات، ومن بينهم الشركة

(٢٣٠) الحكم السابق فى ص ص ١١٩ - ١٢٦، كما هو مشار إليه فى Turner ، المرجع السابق فى ص ٢٧٤.

(٢٣١) انظر الحكم الصادر فى قضية:

Ackerman v. General Motors Corp., 88 U.S.P.Q 281 [202 F. 2d 642 (4th Cir. Parker C.J.)

كما هو مشار إليه فى Turner ، فى مؤلفه عن الأسرار التجارية، السابق الإشارة إليه، فى ص ص ٢٧٤ - ٢٧٥.

المدعى عليها، شركة جنرال موتورز، مع نيته في بيع ابتكاره أو على الأقل الترخيص به. وعبرت شركة جنرال موتورز عن اهتمامها بالاختراع، وطلبت من المخترع تسليمها صورة Copy من طلبه الخاص ببراءة الاختراع Patent application ، والذي يحدد بدقة الوصف التفصيلي للابتكار، وذلك حتى يتم دراسة الأمر. وبعدئذ أرسلت الشركة إلى المخترع رسالة تعلمه فيها بعدم جدوى ابتكاره. وعند صدور البراءة، أدعت الشركة أنه من حقها استعمال الاختراع، لأن الابتكار قد نما إلى علمها قبل صدور البراءة وأنها لم تكن ملتزمة في مواجهة المخترع بعدم إفشاء السرية. قالت المحكمة بأنه على الرغم من عدم وجود أى عقد صريح بين المدعى والمدعى عليه، فإن مجرد قبول الأخير (أى الشركة) لإفصاح المخترع عن ابتكاره يولد فى مثل هذه الظروف علاقة ثقة معينة تمنع الشركة من استعماله خارج حدود هذه العلاقة، وبصفة خاصة أن المبتكر كان قد تقدم بطلب براءة اختراع، وكانت الشركة المدعى عليها على علم بذلك، ومن ثم كان من الأهمية لها الاطلاع على تفاصيل هذا الاختراع الذى يمكن أن يمنح المخترع احتكارا عند صدور البراءة، وذلك فى مجال تخصص الشركة المدعى عليها (٢٢٢).

وفى قضية William A. Meier Co. v. Anckor Corp (٢٢٣)، قام المدعى بإفشاء سرية طريقة أو أسلوب جديد لعمل الأوتار الزجاجية،

(٢٢٢) انظر الحكم السابق فى ص ٢٨٢، كما هو مشار إليه فى Turner، المرجع السابق.

(٢٢٣) انظر الحكم الصادر فى قضية:

وذلك إلى الشركة المدعى عليها. وكانت لهذه الأوعية الزجاجية شكل تسليبي جميل مبتكر، ويتم تصنيعها وفقاً لأسلوب جديد في الحرق new flame process. وكان هدف المدعى من الإقضاء هو الإقضاء عن الأسلوب الجديد في تصنيع هذه الأوعية، ولكن الشركة المدعى عليها قامت أيضاً بنقل الشكل الجديد المبتكر لها. ولقد استخلصت المحكمة وجود عقد ضمنى من مقتضاه عدم قيام الشركة المدعى عليها بنقل الشكل الذى تم فيه صناعة الأوعية (٢٣٤). ذلك أن المدعى لم يكن قام بعد بتسويق منتجته الذى يحتوى على هذا الشكل الجديد للسلعة، وأن ممثلى الشركة المدعى عليها إنما زاروا مصنع المدعى للاطلاع على الوسيلة الجديدة للصناعة وأن عرض السلعة لهم فى شكلها المبتكر لم يكن إلا فقط لإبراز وسيلة الصنيع، وليس شكل المنتج ذاته. وعليه، فإن هذه الأسرار التجارية تم الإقضاء بها من خلال علاقة ثقة معينة، بحيث لا يجوز للمدعى عليها استخدامها خارج الحدود المسموح بها؛ ولما كان الهدف من الإطلاع على هذه الأسرار لغرض البيع أو الترخيص باستعمال طريقة الصناعة فقط، فلا يجوز للشركة المدعى عليها استخدام أسرار أخرى اطلعت عليها بمناسبة العقد الأصلي (٢٣٥).

ولقد طبقت المحاكم الأمريكية فكرة العقد الضمنى بصفة خاصة فى مجال عقود العمل بين مالىكى المعرفة الفنية وبين العاملين لديهم employees، حيث ذهب الكثير من الأحكام إلى أنه لا يشترط للالتزام

(٢٣٤) الحكم السابق فى ص ٢٥٠، كما هو مشار إليه فى Turner، المرجع السابق، فى

ص ٢٨٠.

(٢٣٥) الحكم السابق فى ص ٢٥١، كما هو مشار إليه فى Turner، المرجع السابق.

العامل بعدم استعمال أو عدم إنشاء الأسرار التجارية التي وصلت إلى علمه من خلال علاقة العمل أن يكون هناك شرط صريح مقيد أو اتفاق صريح يقيد به عدم إنشاء هذه الأسرار للآخرين ومناقشة رب العمل restrictive covenant not to compete ، ولكن يمكن استخلاص شرط ضمنى بذلك من عقد العمل ذاته، إذا كانت هناك علاقة ثقة معينة بين العامل ورب العمل (٢٣٦). ومن أمثلة هذا القضاء الحكم الصادر فى قضية E. I. du Pont de Nemours & Co. v. American Potash & Cham. Corp. (٢٣٧).

فلقد أقيمت شركة du Pont دعوى ضد أحد العاملين السابقين فيها والشركة الجديدة التى ألتحق للعمل فيها (شركة Potash)، على أساس أن هذا العامل لديه أسرار تجارية وصلت إليه عن طريق وظيفته السابقة وأن

(٢٣٦) أنظر:

Milvin Jager, Trade Secrets law Handbook
ص ٤٧. أنظر أيضا:

Michael Epstein, Modern Intellectual Property
المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ص ٥٦ - ٥٧.
أنظر أيضا:

Suellen Lowry, Inevitable Disclosure Trade Secret Disputes: Dissolutions of Concurrent Property Interests, Vol. 40 Stanford Law Review 519 - 544 (1988).

وبصفة خاصة فى ص ص ٥٢٧ - ٥٢٨ .
وأنظر أيضا: Dessemontet, The Legal Protection
المرجع السابق الإشارة إليه، فى ص ٣١١.

(٢٣٧) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

E. I. du Pont de Nemours & Co. v. American Potash & Chem. Corp. 200 A. 2d 428 (Del. Ch. 1964).

كما هو مشار إليه فى Milgrim فى مؤلفه: الأسرار التجارية، المشار إليه سابقا، الجزء الأول، الفصل الثالث فى ص ٥٨، وما بعدها.

لنقله إلى الشركة المنافسة سوف يؤدي حتماً إلى القضاء على الميزة التنافسية التي تحوزها في السوق في مجال إنتاج الكيمائيات، وبصفة خاصة طريقة كلورايد لإنتاج سائل TiO_2 . أما شركة Potash ، فلقد بنت دفاعها على أساس عدم وجود أي شرط أو اتفاق صريح يلزم العامل بعدم الالتحاق في وظيفة أخرى، ولو في شركة منافسة. ولقد ذهبت المحكمة إلى القول بأن هذا العامل ما كان عليه الالتحاق بالشركة المنافسة لأن ذلك في حد ذاته من شأنه أن يشكل تهديداً مباشراً لسرية المعرفة الفنية التي تحوزها الشركة المدعية (٢٣٨). وفي معرض بيان الأسباب التي بنى عليها الحكم، ذهبت المحكمة إلى أنه على الرغم من عدم وجود أي شرط صريح في العقد يلزم العامل بعدم الالتحاق بوظيفة أخرى في شركة منافسة، إلا أن علاقة الثقة يمكن استغلالها من خلال ملائمتها ووقائع القضية. وهذه العلاقة (أي علاقة الثقة) هي التي ينبغي النظر إليها لتقرير تحريم انتقال العامل إلى الوظيفة الجديدة. فظروف الحال تدل على أن الشركة المدعية كانت قد أتاحت لهذا العامل، باعتباره من العاملين ذوي الأهمية القصوى في المجال الفني للشركة Key technical employee ، الاطلاع على طبيعة المعرفة الفنية التي كان يتم الاحتفاظ بها سراً، وأنه كان من القلائل الذين أتاحت لهم الشركة ذلك. أضف إلى هذا، أنه كان يتقاضى راتباً غير عادي بالنظر إلى طبيعة علاقته بالشركة. ثم إن الأسلوب الذي تم به الانتقال إلى الشركة المنافسة يحمل في طياته أيضاً الاعتداء على علاقة من علاقات الثقة. ذلك أن الشركة المنافسة كانت قد طلبت إلى إحدى الوكالات البحث لها عن فني متخصص، في الفن الصناعي محل

(٢٣٨) الحكم السابق في ص ٤٢٢، كما هو مشار إليه في Milgrim ، للمرجع السابق في

النقاش، وفعلًا قامت هذه الوكالة بوضع إعلان داخل شركة du Pont لاجتذاب بعض العاملين فيها. وعندئذ طلب العامل إنهاء عقده مع الشركة المدعية، بالنظر إلى العرض المغري الذي تقدمت به الشركة المنافسة (٢٣٩).

كما قام القضاء الأمريكي بحماية المعرفة الفنية التي يتم الإنشاء بها خلال المفاوضات negotiations الجارية بين الأطراف في سبيل التوصل إلى عقد ما، وذلك إذا أخفق هؤلاء الأطراف في مساعدتهم نحو إبرام العقد، وذلك في الحالة التي لا يوجد فيها اتفاق صريح على الحفاظ على سرية المعرفة الفنية التي تصل إلى علم أحد الأطراف نتيجة هذه المفاوضات. والأمثلة للقضايا على ذلك كثيرة.

ففي قضية *Smith v. Dravo* (١١٠) فإن المدعى أتاح للمدعى عليه الاطلاع على عربات نقل البضائع ذات التصميم الداخلي الجديد، وذلك عند مفاوضاتهم عقد بيع شركة المدعى إلى الشركة المدعى عليها. وبعد فشل المفاوضات فوجئ المدعى بأن الشركة المدعى عليها بدأت في تصنيع نفس شكل عربات نقل البضائع المشار إليها. ولقد قالت المحكمة بأن هذا التصميم الداخلي لعربات النقل كان يعد في الحقيقة سرا تجاريا، وأن المدعى قد أفصح عنه للشركة المدعى عليها في ظل علاقة ثقة. ذلك أن الهدف الوحيد من قيام المدعى بإطلاع الشركة المدعى عليها على هذا التصميم

(٢٣٩) للحكم السابق.

(٢٤٠) انظر الحكم الصادر في قضية:

الفريد هو تمكينها من فحص الشيء محل البيع. ومن ثم فإن العلاقة التي نشأت خلال فترة المفاوضات على البيع هي علاقة ثقة تفرض على المتلقي الالتزام بالكتمان (٢٤١).

وفي قضية Allen - Qualley Co. v. Shellmar Prods Co. (٢٤٢) أكدت المحكمة حماية المعرفة الفنية بناء على علاقة الثقة التي نشأت بين الأطراف خلال فترة مفاوضات عقد من العقود. وتتلخص وقائع هذا القضية في أن المدعى قنام بالإفصاح للشركة المدعى عليها عن طريقة معينة لتحسين تغليف علب الحلوى، وأسلوب جديد للتعبئة، مع التنبيه إلى أن المبتكر سوف يقوم بطلب براءة اختراع عن ابتكاره هذا. وكان الطرفان يتفاوضان على إبرام عقد ترخيص، وأثناء هذه المفاوضات اكتشف مستشار الشركة المدعى عليها وجود براءة اختراع صادرة لشخص آخر وتغطي طريقة التغليف، وعندئذ قامت الشركة المدعى عليها بالحصول مباشرة على ترخيص من المخترع صاحب البراءة، وفي نفس الوقت استخدمت الأسلوب الجديد الذي ابتكره المدعى للتعبئة. قام هذا الأخير بإقامة دعوى لمنع استمرار الشركة المدعى عليها من استخدام واستعمال هذه الأسرار التجارية (٢٤٣).

(٢٤١) للحكم السابق، في ص ٣٦٩، وما بعدها.

(٢٤٢) أنظر الحكم الصادر في قضية:

Allen - Qualley Co. v. Shellmar Prods. Co. 31 F. 2d 293 (N.D. 1929).

(٢٤٣) أنظر الحكم السابق في ص ٢٩٣ - ٢٩٥.

ذهبت المحكمة إلى أن طبيعة المفاوضات في عقد الترخيص تقتضى من المرخص أن يطلع المرخص له على جانب من أسرار المعرفة الفنية حتى يرغبه في التعاقد، وحتى يظهر له قيمة المعرفة الفنية التى سيتم الترخيص بها، وعادة ما يقوم الأطراف فى هذه الحالة بكتابة اتفاق أولى أو تمهيدى يقضى بأنه فى حالة فشل المفاوضات التى تمهد لعقد الترخيص، فإن المتلقى يلتزم مع هذا، بالحفاظ على كل الجوانب السرية الخاصة بالمعرفة الفنية وألا يقوم بإفشائها، وألا يقوم باستعمالها^(٢٤٤). ومع هذا، فقد يرى الأطراف عدم إيلام هذا الاتفاق كتابة، بالنظر إلى الكثير من التعقيدات الفنية والقانونية التى قد تصاحبه، مكتفين فى ذلك بالفهم على أن هناك علاقة ثقة معينة تمنع المتلقى من القيام بالاستعمال أو الإقضاء خارج نطاق هذه العلاقة. علاقة الثقة هذه تستخلص من النية المشتركة للأطراف ومن تصرفاتهم السابقة أو المضاحبة للمفاوضات؛ ولا شك أن الشركة المدعية لم تقم بإطلاع الشركة للمدعى عليها على المعرفة الفنية، إلا لأنها شعرت بأن هناك جدية فى الحصول على الترخيص، ودفع المقابل لذلك، ولم يغير من ذلك إلا اكتشاف الشركة للمدعى عليها وجود براءة اختراع صادرة لشخص آخر على نفس الأسلوب التقنى لعملية التغليف، حيث حصلت منه على ترخيص باستعمال الاختراع المشمول ببراءة بمقابل أقل مما لو كان هناك ترخيص من الشركة المدعية. وفى نفس الوقت حاولت الشركة المدعى عليها الاستفادة من التحسين الذى أدخلته الشركة المدعية على الاختراع (وهذا التحسين هو ما يمثل فى الحقيقة المعرفة الفنية).

وهنا فقد قامت الشركة المدعى عليها بخرق علاقة الثقة، إذ أن هذه المعلومات الفنية ما وصلت إليها إلا على أساس وجود نية للحصول على الترخيص، وإلا لما كانت الشركة المدعية قد أفصحت لها عن سريتها. فهناك إذا عقد ضمنى يلزم الشركة المدعى عليها بعدم إنشاء سرية المعرفة الفنية أو استخدامها، وهذا العقد الضمنى مبنى على علاقة الثقة التى نشأت بين الطرفين خلال فترة المفاوضات (٢٤٥).

ثانيا - نظرية شبه العقد Theory of Quasi - Contract كأساس لعلاقة الثقة:

يفرق القضاء الأمريكى بين العقد الضمنى، أو ما يعرف اصطلاحاً بـ *implied in fact* ، وبين فكرة شبه العقد وهى ما تعرف اصطلاحاً بـ *implied in Law* (٢٤٦).

فأما عن الطائفة الأولى، أى العقد الضمنى فى الواقع *implied in fact* ، فهو ينبثق من مجموع تصرفات وأفعال الأطراف ونواياهم؛ أى أن على القاضى أن يستخلص النية المشتركة للأطراف، وذلك من خلال وقائع القضية، ومن خلال هذه الوقائع يبنى العقد الضمنى (٢٤٧). أما العقد الضمنى قانوناً *Contract implied in Law* ، إن جاز التعبير، فهو ليس فى حقيقة الأمر عقداً أو وعداً بالتعاقد، وإنما هو عبارة عن واجب

(٢٤٥) الحكم السابق فى ص ٢٩٦ - ٢٩٧.

(٢٤٦) أنظر فى التفرقة بين العقد الضمنى وشبه العقد، Milgrim ، فى مؤلفه عن الأسرار التجارية، المشار إليه سابقاً، الجزء الأول، الفصل الرابع، فى ص ٥ - ٦. وأنظر أيضاً، مؤلف Turner فى قانون الأسرار التجارية، فى ص ٢٧٣.

(٢٤٧) أنظر Milgrim ، المرجع السابق، فى الجزء الأول، الفصل الرابع، فى ص ٨.

قانونى Legal Duty (٢٤٨) . فوفقا لمبادئ الشريعة العامة، فإن كل عقد يتضمن حدا أدنى للإخلاص والوفاء بالعهد المتبادل بين الأطراف، وهذا ما يقتضى تنفيذه بحسن نية good faith . ويستخلص للقضاء هذا الواجب القانونى من وجود علاقة ثقة ما بين طرفين، حتى ولو لم تكن وقائع الدعوى أو تصرفات أو نوايا الأطراف تشير إلى الاتجاه إلى وجود مثل هذا الواجب؛ وإنما يقوم القاضى باستكشافه وإنفاذه لغاية أخرى، وهى الحفاظ على دعامة هامة من دعائم الكيان الاجتماعى والقانونى ألا وهى التأكيد من تنفيذ العقود بحسن نية. ومع أن العقد الضمنى قانونا، ليس فى جوهره عقد، فى القانون الأمريكى، إلا أن قاضى العدالة يصفه بهذه الصفة توصلا إلى إعمال الجزاءات العقدية Contract remedies وأهمها إمكان

(٢٤٨) المرجع السابق، فى ص ٨. وفى التفرقة بين العقد الضمنى وشبه العقد نقول المحكمة العليا الأمريكية:

"The agreement contemplated [by section 145 of the Judicial code, 28 U.S.C.A. 250] as the basis of compensation is not an agreement "implied in law", more aptly termed as constructive or quasi contract, where, by fiction of law, a promise is imputed to perform a legal duty, as to repay money obtained by fraud or duress, but an agreement "implied in fact" founded upon a meeting of minds, which, although not embodied in an express contract, is inferred, as a fact, from conduct of the parties showing in the light of the surrounding circumstances, their tacit understanding".

أنظر حكم المحكمة العليا الأمريكية الصادر فى قضية:

Baltimore & O.R.R. v. United States, 261 U.S. 592 (1923).

وبصفة خاصة فى ص ٥٩٧ من الحكم، كما هو مشار إليه فى Milgrim ، المرجع السابق فى ص ٩. ويلاحظ أن الفقه الأمريكى أصبح مستقرا على إطلاق اصطلاح implied contract على العقد الضمنى فى الواقع، وإطلاق اصطلاح quasi - contract على العقد الضمنى قانونا، أنظر Milgrim ، هامش (٦) فى ص ٩ من ذات المرجع.

الحصول على التعويض، وإمكان الحصول على أمر Injunction بإلزام شخص بعمل شيء ما، أو بالامتناع عن قيام شيء ما (٢٤٩).

ولقد طبق القضاء الأمريكي الفكرة السابقة على الكثير من العلاقات التي كانت المعرفة الفنية محلاً لها، وسواء كانت هذه العلاقات متمثلة في علاقة عمل، أو ترخيص باستعمال الأسرار التجارية أو للمفاوضة على البيع أو للترخيص بها أيضاً.

ففي قضية *Byrne v. Barrett* قالت المحكمة بأن "القانون يجسد في عقد العمل تحريم أي خيانة للنقة التي يتعين الوفاء بها لرب العمل، ومنع نقل المعلومات السرية إلى المنافسين. وهذه الفكرة هي جزء لا يتجزأ من كل عقد عمل، سواء تم النص عليه أم لا. والعاملون ملتزمون بهذا الواجب الضمني implied obligation ، حتى ولم يكن هناك عقد بذلك البتة" (٢٥٠). وهذه القاعدة يتم تطبيقها في كل الولايات الأمريكية طبقاً لمبدأ الشريعة العامة. فلقد حكمت المحكمة العليا لولاية بنسلفانيا بأن علاقة النقة تفرض التزاماً قانونياً على عاتق العامل بالحفاظ على الأسرار التجارية للشركة، حتى في غياب أي عقد على هذا الأثر، بل إن القضاء في بعض الولايات،

(٢٤٩) انظر في هذا المعنى مؤلف *Turner* ، عن قانون الأسرار التجارية، المرجع المشار إليه سابقاً في ص ص ٢٩٣ - ٢٩٤. وانظر في معنى قريب:

Melvin Jager, Trade Secret Law Handbook

المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٤٨.

وانظر أيضاً: *Ellis, Trade Secrets* المرجع المشار إليه سابقاً في ص ص ٧ - ٨، وكذلك الأحكام القضائية الهامة الواردة فيه.

(٢٥٠) انظر الحكم الصادر في قضية:

Byrne v. Barrett, 268 N.Y. 199, 206, 197 N. E. 217.

كما هو مشار إليها في *Turner* ، في المرجع المشار إليه سابقاً، في ٢٩٦.

مثل ولاية نيويورك يفرض هذا الالتزام على عاتق العامل حتى بعد انتهاء علاقة العمل ذاتها (٢٥١).

وتضمنت قضية By Buck (٢٥٢)، وهي قضية حديثة صدر فيها الحكم من محكمة استئناف كاليفورنيا، قيام أحد الطلبة الذين كان يتلقون تمريناً على أحد البرامج التقنية في أحد المصانع، بنقل ما اتصل بعلمه من معارف فنية وأسرار تجارية خلال وجوده بالمصنع إلى بعض المنافسين من الشركات الأخرى. دفع هذا الطالب بحريته الكاملة باستخدام وإنشاء ما علمه من أسرار تجارية لعدم ارتباطه مع صاحب هذا المصنع بأى رابطة عمل. رفضت المحكمة هذا الدفع، وقالت أنه على الرغم من عدم وجود عقد، إلا أن علاقة الثقة التي تولدت بين الطرفين خلقت التزاماً قانونياً على عاتق الطالب بعدم إنشاء الأسرار التجارية خارج نطاق هذه العلاقة (٢٥٣).

ثالثاً - نظرية المسؤولية التعاقدية Tort Theory ، كأساس لعلاقة الثقة:

(٢٥١) انظر:

Jager, Trade Secrets Law Handbook

المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٥٠ - ٥١.

(٢٥٢) انظر الحكم الصادر في قضية:

By Buck Co. v. Printed Collophane Tape Co., 163 Cal. App. 2d 157, 329 P. 2d 147, 118 U.S.P.Q. 550, 552 (Cal. App. 1958).

كما هو مشار إليه في مؤلف Jager ، للمرجع السابق، في ص ٥٢.

(٢٥٣) الحكم السابق، كما هو مشار إليه في Jager للمرجع السابق، في ص ٥٢.

يقوم القضاء الأمريكى فى الكثير من الأحوال بتأسيس المسؤولية عن الاستخدام أو الإقضاء غير المشروع للأضرار للتجارية على فكرة خيانة علاقة الثقة Betrayal of confidence ، بإعتبار ذلك فى حد ذاته خطأ موجبا للمسؤولية. ويجد هذا الحل مصدره فى الفصل ٧٥٧ (ب) من المدونة الأولى للمسؤولية Restatement of Torts (First) ، والذي جاء فيه بأن "الاستخدام أو الإقضاء غير المرخص به للسر التجارى يرتب المسؤولية، لو كان فى هذا خرق للثقة التى وضعها المدعى فى شخص المدعى عليه عند حصول الإقضاء بالسرية لهذا الأخير" (٢٥٤).

ويثور التساؤل عن كيف يمكن أن تنشأ علاقة ثقة بين مالك المعرفة الفنية والمتلقى لها دون وجود عقد ماء، على الأقل فى الصورة الضمنية، والتى تحدثنا عنها سابقاً؟ فى الواقع إن وجود علاقة الثقة التى تؤسس على فكرة المسؤولية اللاعقدية يمكن أن توجد من خلال فرضين أساسيين:

الفرض الأول، هو أن يثبت وجود علاقة ثقة سابقة أو ممهدة لعقد ما. هنا قد يرى القاضى تأسيس المسؤولية عن استخدام أو إقضاء السر التجارى بسبب خيانة علاقة الثقة على أفكار غير عقدية tort ، وذلك مثلاً لعدم إمكان استخلاص أى صورة من صور العقد، حتى الصورة الضمنية، لعدم وصول الأطراف إلى أى اتفاق مثلاً، أو لأنه وإن كان هناك عقد فعلاً بين الأطراف، إلا أن قواعد العدالة قد تملئ تأسيس الحماية، بحسب ملائسات كل قضية، على قواعد المسؤولية اللاعقدية وليس

(٢٥٤) أنظر نص مدونة المسؤولية، كما ورد ذكره فى Jager ، المرجع السابق، فى ص

العكس، أو قد يرى قاضي العدالة إمكان الجمع بين الأساسين العقدى واللاعقدى، فى نفس الوقت، لبناء الحماية اللازمة والناشئة عن علاقة الثقة، وهذا جائز فى ظل التشريعة العامة Common Law ، لأن الغاية الأساسية هى تحقيق العدالة، حتى ولو كان عن طريق الجمع بين نظريات مختلفة للمسئولية^(٢٥٥) . ومن أمثلة اختيار الأساس لللاعقدى كأساس لعلاقة الثقة، على الرغم من وجود عقد ما، حالة تنازع القوانين. فالقانون الأمريكى يعرف صورة فريدة من صور تنازع القوانين وهى التنازع الداخلى للشرائح، أى لقوانين الولايات المختلفة. ومن ثم قد يرى القاضى اختيار الأساس لللاعقدى للمسئولية tort ، بدلا من الأساس العقدى لكى يثبت الاختصاص لقانون ولايته ويطبق هذا القانون على وقائع الدعوى^(٢٥٦) ومن ذلك ما قد حكم به فى قضية FMC Corp. v. Varco International, Inc. (٢٥٧) ؛ فلقد تضمنت هذه القضية عقد عمل يحظر على العامل

(٢٥٥) أنظر فى هذا المعنى، Turner فى مؤلف: قانون الأسرار التجارية، المشار إليه سابقا فى ص ص ٣٠٧ - ٣٠٨. والواقع أن ظاهرة الجمع بين الأساسين العقدى واللاعقدى هى ظاهرة خاصة بالقانون الأمريكى، ولا يعرفها حتى القانون الانجليزى، وفى ذلك يقول Turner :

"Incidentally in England the Court of Appeal has clearly said that where a contractual relationship of confidence exists, a non - contractual confidence cannot exist concurrently with it. This is probably due to the fact that generally speaking the English court has not recognised the separate existence of confidence apart from implied contract, and thus if confidence is found, it is found as an implied term of a contract. Thus the English courts' dictum that contractual and non-contractual confidence cannot co-exist, would have no relevance to courts which consider that non-contractual confidence is a possible independent relationship".

أنظر فى ذلك Turner فى مؤلفه: قانون الأسرار التجارية، فى ص ٣٠٨.

(٢٥٦) أنظر فى ذلك:

Jager, Trade Secrets Law Handbook, ... المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٥٥.

(٢٥٧) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

FMC Corp. v. Varco International Inc., 677 F. 2d 500, 217 U.S.P.Q 135 (5 th Cir. 1982)

الإفشاء بالأسرار التجارية، وكان هذا العقد يقضى بأن قانون ولاية نيويورك هو الذى يحكم العقد، إلا أن الدعوى، مع ذلك، تم إقامتها على أساس المسؤولية للاعقدية tort فى ولاية تكساس حيث حصل الإفشاء بالأسرار التجارية، وهنا قام القاضى الذى نظر الدعوى فى ولاية تكساس بتطبيق قانون هذه الولاية الأخيرة بالنظر إلى أن الفعل المنشئ للضرر tortious misappropriation قد حصل فيها، ومن ثم فقد كان عليه أن يختار الأساس للاتعاقدى حتى يتوصل إلى ذلك، لما لو كان قد اختار العقد كأساس للمسؤولية لكان قانون ولاية نيويورك هو الواجب إعماله على الدعوى من حيث الموضوع (٢٥٨). أضف إلى ذلك، فإن القضاء الأمريكى فى بعض الأحوال، قد يجمع بين الأساسين للاتعاقدى والاتعاقدى لحماية المعرفة الفنية. ويحصل ذلك عندما يعتمد هذا القضاء على مد الحماية للمضرور إلى أبعد الحدود، فيمنحه أمراً injunction بناء على المسؤولية العقدية، ويجزل العطاء فى التعويض بناء على فكرة tort والتي تسمح بمرونة كبيرة بمنح تعويضات رادعة Punitive damages بالإضافة إلى التعويضات عن الأضرار الحاصلة فعلاً (٢٥٩) Compensatory damages.

وهناك العديد من التطبيقات القضائية لعلاقة الثقة المبنية على المسؤولية للاعقدية. ومن أمثلة ذلك قضية Junker v. Plummer (٢٦٠) ،

كما هو مشار إليه فى مؤلف Jager ، المرجع السابق، فى ص ٥٥.
 (٢٥٨) أنظر الحكم السابق، كما ورد فى مؤلف Jager ، المرجع السابق، فى ص ٥٥.
 (٢٥٩) أنظر Jager ، المرجع السابق، فى ص ٥٥. وأنظر فى تفصيل ذلك Milgrim فى مؤلفه: الأسرار التجارية، الجزء الثانى، الفصل السابع فى ص ١٥٢، وما بعدها، وكذلك الأحكام القضائية المشار إليها فيه.
 (٢٦٠) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

Junker v. Plummer, 70 U.S.P.Q 332 (Mass. Sup. Ct. 1946, Splading, J.)

حيث قالت المحكمة بأنه على الرغم من وجود عقد ضمنى بين المدعى والمدعى عليه، فإن هناك فى نفس الوقت إمكانية لاستخلاص علاقة ثقة مستقلة، وذلك "لأن أنصاف مالك السر التجارى وحمايته واجب عندما يحاول شخص ما استعماله أو إفشاء سرية معتديا على ما تقتضيه واجبات حسن النية، مثل خرقه للعقد، أو خيلته للثقة" (٢٦١).

أما الفرض الثانى، الذى يمكن أن نتصور فيه إقامة دعوى الإخلال بعلاقة الثقة على أساس لا تعاقدى، فهو يكون فى الحالة التى يقوم فيها المتلقى باستخدام أساليب غير مشروعة improper means للحصول على المعرفة الفنية، والواقع أن هناك العديد من هذه الأساليب غير المشروعة منها الغش، أو الخداع، أو المنافسة غير المشروعة (٢٦٢) .

والقانون الأمريكى لا يعرف دعوى مستقلة للمنافسة المشروعة على المستوى الفيدرالى (٢٦٣). أما بعض الولايات فلقد سنت قوانين خاصة

= كما هو مشار إليها فى Turner ، فى مؤلفه : قانون الأسرار التجارية، فى ص ٣١٠.

(٢٦١) أنظر الحكم السابق فى ص ٣٢٥، كما هو مشار إليه فى Turner ، المرجع السابق فى ص ٣١٠.

(٢٦٢) وأنظر فى الوسائل غير المشروعة للاستيلاء على المعرفة الفنية،

S. Chesterfield Oppenheim, Unfair Trade Practices and Consumer Protection (West Publishing Co. 1974).

وبصفة خاصة فى ص ٣٠٢، وما بعدها.

(٢٦٣) أنظر:

Desscomtet, The Legal Protection of Know - How ...

المرجع المشار إليه سابقا فى ص ٣٤٢. وعلى الرغم من عدم وجود دعوى مستقلة للمنافسة غير المشروعة على المستوى الفيدرالى، إلا أن الاستيلاء على المعرفة الفنية باستخدام طرق غير مشروعة هو بالضرورة أمر غير جائز طبقا لقواعد العدالة. أنظر فى ذلك:

بالمنافسة غير المشروعة والتي يتم تطبيقها على المسائل الخاصة بالأسرار التجارية، ومن هذه الولايات: كاليفورنيا ولويسيانا^(٢٦٤). ومن ثم فلقد حكم في كاليفورنيا بأن استخدام أساليب غير شريفة للاستيلاء على الأسرار التجارية يمكن أن يشكل منافسة غير مشروعة في ظل قانون الأعمال^(٢٦٥). لما أغلبية الولايات الأمريكية فهي تعرف دعوى أخرى هي دعوى تضليل الجمهور *passing off*^(٢٦٦) وذلك عند قيام للشخص ببيع بضاعة أو ممارسة أعمال تحت اسم أو علامة أو وصف أو غير ذلك مما يضلل الجمهور ويحملة على الاعتقاد بأن البضاعة أو الأعمال المذكورة تعود لشخص غيره. وفي هذه الحالة يكون للشخص الأخير الحق في مطالبة الشخص المضلل بالأضرار أو أداء الحساب عن أعماله كما يكون له الحق في استصدار أمر قضائي يمنعه من الاستمرار في أعماله التمييزية^(٢٦٧). على أنه لا يمكن للمضروب اللجوء إلى هذه الدعوى الأخيرة إلا إذا حصل تضليل للجمهور بحيث يثور في الأذهان أن من قام بالاستيلاء غير المشروع على المعرفة الفنية هو صاحب الفضل الأصلي في تطويرها والقيام بإنتاج سلعة ما بناء على ذلك^(٢٦٨). ولذلك فإن دعوى التضليل *passing off* المعروفة في ظل مبادئ الشريعة العامة في الكثير من

Ellis, Trade Secrets = المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٢.

(٢٦٤) أنظر في ذلك:

Jager, Trade Secrets Law Handbook المرجع المشار إليه سابقاً، في ص

٥٥.

(٢٦٥) أنظر Jager ، المرجع السابق في ص ٥٥، هامش (١٥).

(٢٦٦) أنظر:

Desscomontet, The Legal Protection of Know - How

المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٢٤٢.

(٢٦٧) أنظر في هذا المعنى: Desscomontet ، المرجع السابق، في ص ٢٤٣.

(٢٦٨) المرجع السابق، في ص ٢٤٣.

للولايات هي دعوى محدودة النطاق ولا تغطي كل حالات المنافسة غير المشروعة (٢٦٩).

رابعاً - نظرية الإثراء بلا سبب Unjust Enrichment كأساس لعلاقة الثقة:

عندما لا يوجد أمام المضرور سبيل معين للاستناد إلى أساس عقدي أو أساس غير تعاقدي tort للحصول على الحماية المناسبة للإخلال بعلاقة الثقة في قضايا الاستيلاء على المعرفة الفنية، فإنه عادة ما يلجأ إلى الأفكار الخاصة بالإثراء بلا سبب (٢٧٠). والواقع إن مبدأ الشريعة العامة Common Law تتوسع في قبول فكرة الإثراء بلا سبب، ولا تقيدها بنفس القيود التي عادة ما نجدها في القوانين اللاتينية (٢٧١). بل إن القضاء الأمريكي، وبالأذات محاكم العدالة equity courts، يبدى تسامحاً أكبر في قبول الدعاوى المؤسسة على الإثراء بلا سبب من المحاكم الإنجليزية ذاتها (٢٧٢). ويمكن إظهار ذلك من ناحيتين:

فمن ناحية أولى، يمكن للمضرور الاستناد إلى الإثراء بلا سبب، حتى ولو كانت الدعوى مؤسسة على سبب آخر كالمسئولية اللاتعاقدية tort،

(٢٦٩) المرجع السابق، في ص ٣٤٢.

(٢٧٠) أنظر Ellis, Trade Secrets المرجع المشار إليه سابقاً، في ص ٩.

(٢٧١) المرجع السابق، في ص ٩ حيث ينكر المؤلف أن دعوى الإثراء بلا سبب هي:

"It is a liberal action, founded upon large principles of equity, where the defendant cannot conscientiously hold the money".

(٢٧٢) أنظر:

Desscomontet, The Legal Protection of Know - How

المرجع المشار إليه سابقاً في ص ٣٤٧.

أى لو كان الإخلال بعلاقة الثقة مؤسسا على tort . فمحاكم العدالة فى هذه الحالة تتيج للمضرور، أن يهجر طلباته المؤسسة على tort ، وأن يطلب الحصول على استرداد الأرباح أو الفائدة لتلى جناها المعتدى من وراء فعله الضار. فالتعويض الممنوح فى هذه الحالة لا يكون بناء على الخطأ الحاصل، وإنما يقوم على استرداد ما حصل عليه المعتدى من فائدة بإخلاله بعلاقة الثقة (٢٧٣). وأساس الدعوى فى هذه الحالة لا يتغير فهى ما زالت مؤسسة على المسؤولية للاعتدية tort ، كل ما هناك أن محاكم العدالة تسمح للمضرور الحصول على التعويض remedy المترتب على فكرة الإثراء بلا سبب. ومن ثم، فلا يمكن القول فى مثل هذه الأحوال أن الإثراء بلا سبب هو أساس الإخلال بعلاقة الثقة (٢٧٤). ومع هذا فإننا كما سنرى فإن الإثراء بلا سبب يصلح بمفرده كأساس للإخلال بعلاقة الثقة فى المنازعات المتعلقة بالمعرفة الفنية، وذلك عند غياب الأساس العقدى أو الأسس المترتبة على المسؤولية عن الفعل الضار tort (٢٧٥).

ومن ناحية أخرى، فإن محاكم العدالة عندما تقوم بتعويض المضرور فى قضايا الإثراء بلا سبب، فإنها لا تربط تقدير المبلغ الذى يتعين رده بالافتقار improverishment الذى أصابه، ومقدار الإثراء الذى استفاد منه المثرى. وإنما يكون التقدير وفقا لقواعد العدالة، بحيث يكون فى إمكان المحكمة أن تأمر المثرى برد أيضا ما فلت المفقر من فائدة أو ربح معين.

(٢٧٣) المرجع السابق، فى ص ٣٤٧.

(٢٧٤) المرجع السابق، فى ص ٣٤٧.

(٢٧٥) أنظر Turner ، فى مؤلفه: قانون الأسرار التجارية، المشار إليه سابقا، فى ص

وبالتالى فهناك دائما إمكانية لحصول المضرور على مبالغ تفوق مقدار افتقاره (٢٧٦). وهذه الفكرة ذات أهمية قصوى فى قضايا المعرفة الفنية، لأن استرداد المضرور لمقدار افتقاره قد لا يشكل تعويضا عادلا وبصفة خاصة أن المثرى عادة ما يقوم باستعمال العر التجارى استعمالا قد يؤدى إلى إفشاء سرية؛ وعليه، فإن المضرور يفقد أى سبيل لاستغلال معرفته الفنية فى المستقبل. ومن ثم فإن قاضى العدالة قد يرى رد مقدار الافتقار بالإضافة إلى ما فات المضرور من كسب.

ومن السوابق القضائية الهامة التى قال فيها القضاء كلمته بتأسيس علاقة الثقة على فكرة الإثراء بلا سبب كسب للدعوى قضية *Matarese v. Mc Cormack Lines Inc.* (٢٧٧). وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن المدعى *Matarese* كان رجلا بسيطا، وعلى قدر قليل من التعليم، وعادة ما كان يعمل فى أعمال الشحن والتفريغ على أوصاف الموانئ. ثم قام بعدئذ بالالتحاق بوظيفة عامل تفريغ فى الشركة المدعى عليها. وبملاحظته المستمرة، استطاع هذا العامل أن يبتكر نوعا من الرافعات التى يمكن استخدامها لأعمال الشحن والتفريغ، والتى من شأنها الزيادة فى توفير المال والوقت والجهد. وأفصح العامل لوكيل الشركة عن فكرته، ودعاه إلى زيارة منزله للتأكد من صلاحية الابتكار. وفعلا قام هذا الوكيل

(٢٧٦) أنظر

Dessementet, The Legal Protection of Know - How ...

المشار إليه سابقا فى ص ٣٤٨.

(٢٧٧) أنظر الحكم الصادر فى قضية:

Matarese v. Moore Mc Cormack Lines Inc., 71 U.S.P.Q 311 [158 F. 2d 631] (2 nd Cir. 1946, Clark C.J.)

كما هو مشار إليه فى مؤلف Turner : قانون الأسرار التجارية، فى ص ٣٥٦.

بهذه الزيارة، ولكنه أرسل بعدئذ للعامل يخبره بعدم جدوى الابتكار. على أن الشركة للمدعى عليها، قامت في غضون فترة بسيطة لاحقة باستخدام هذه الرواق، وفوجئ العامل بذلك. قام العامل برفع دعوى واستند في محكمة أول درجة على فكرة العقد الشفوي Oral agreement حيث ذهب إلى الادعاء بأنه أثناء الزيارة التي قام بها وكيل للشركة، وعده هذا الأخير بدفع ثلث ما يتم توفيره من نفود إذا ما تم استغلال الابتكار، وتعيينه رئيساً للمشرفين على هذه الآلات (٢٧٨). على أنه في أول درجة من درجات التقاضي، لم يستطع العامل إثبات هذا العقد. وفي الاستئناف قام العامل بالاستناد إلى فكرة الإثراء بلا سبب، وأن الإقضاء بسرية الابتكار كان في علاقة ثقة يتعين على الشركة احترامها. ولما كان المدعى لا يستند إلى أي عقد صريح أو ضمني، فهل يمكنه الاستناد إلى الإثراء بلا سبب، وهل الإثراء بلا سبب يمكن أن يصبح أساساً لعلاقة الثقة التي تم فيها الإقضاء بسر الابتكار، لأنه بدون وجود هذه العلاقة، فلا يمكن فرض الحماية؟

أجابت المحكمة على ذلك بأن مبدأ الإثراء بلا سبب يمكن تطبيقه في الأحوال التي يحصل فيها الشخص على أفكار أو بضائع معينة للغير، دون مكافأته على ذلك، وهو يعلم بأهميتها للمبتكر...". وعليه، إذا كان المتلقى من المتعين عليه العلم بأن ما يحصل عليه من معلومات لها قيمة معينة، وأن استثمار هذه المعلومات يمكن أن يحولها إلى أرباح أو فائدة ما، وأنها لو بقيت بحوزة المبتكر سرا علانت أيضاً عليه بفائدة، فإن المبتكر لا يمكن أن يفصح عن هذه الأسرار للمتلقى إلا إذا كان الأخير على علاقة ثقة معه.

(٢٧٨) انظر الحكم السابق في ص ٣١٢، كما وردت الإشارة إليه في Turner ، المرجع السابق في ص ص ٣٥٦ - ٣٥٧.

وهذا العلم من جانب المتلقى، مع قبوله الإقضاء له بسرية المعرفة الفنية يشكل قبولاً ضمنياً لعلاقة الثقة التي تحمله بعبء عدم استعمال أو استغلال هذه المعرفة خارج النطاق المحدد لها، فإن حصل هذا، فإن المتلقى يكون قد أثرى على حساب المبتكر الأصلي (٢٧٩).

كما طبق القضاء الأمريكي نفس المبدأ في قضية *Galanis v. Proctor & Gamble Corp.* (٢٨٠) في هذه القضية فإن السيدة *Galanis*، وكانت ربة منزل، أرسلت إلى شركة *Proctor*، وهي شركة منظفات صناعية، تخبرهم فيه عن فكرة معينة لتطوير مسحوق تنظيف الملابس، وهي عبارة عن *Combination* أى توليفة من المسحوق العادى مضافا إليه مسحوق *blue* الذي يجعل اللون الأبيض ناصعا ويمنعه من الاصفرار. وردت الشركة بتقديرها لهذه الفكرة، وأنها في الماضي حاولت تطبيق أفكار مماثلة، ولكن هذه الأفكار غير مجدية عمليا. وبعد وقت قصير، ظهر في السوق مسحوق جديد يحمل اسم *Blue - Chear*، وكان بناء على الفكرة المقدمة من السيدة المذكورة، والذي أصاب نجاحا تجاريا مذهلا. عندئذ قامت السيدة *Galanis* برفع دعوى ضد الشركة على أساس أن هذه الأخيرة أثرت على حسابها مستغلة علاقة الثقة التي نشأت بينهما (٢٨١).

(٢٧٩) انظر الحكم السابق في ص ٣١٢، كما وردت الإشارة إليه في *Turner*، المرجع السابق في ص ص ٣٥٧ - ٣٥٨.
(٢٨٠) انظر الحكم الصادر في قضية:

Galanis v. Proctor & Gamble Corp. 114 U.S.P.Q 275.

كما هو مشار إليه في *Turner* في مؤلفه: قانون الأسرار التجارية، في ص ٣٥٩.
(٢٨١) انظر الحكم السابق في ص ٢٧٧، كما وردت به الإشارة في *Turner*، المرجع السابق، في ص ٣٥٩.

أجابت المحكمة أنه من الصحيح إن فكرة هذه السيدة لم تكن مشمولة بحماية براءة الاختراع، أو قانون حقوق المؤلف copyright Law ، كما أنه لم يكن هناك أى عقد يربط بينها وبين الشركة المدعى عليها، كما أنه من الصحيح أن هذه السيدة قد قدمت هذه الفكرة إلى الشركة عن طيب خاطر، كما أنه لا يمكن الاستناد إلى العقد الضمني لعدم وجود أى تعامل سابق لوجار بينهما، إلا أن العدالة تقضى بالقول بوجود علاقة ثقة بينهما فى اللحظة التى نما فيها العلم بسرية الابتكار لدى الشركة المدعى عليها، إذ ليس من المعقول أن تكون هذه السيدة قد كشفت عن فكرتها للشركة المدعى عليها إلا وفى نيتها وجوب الحصول على مقابل من وراء تنفيذها عملياً، وبصفة خاصة أن هذه الشركة المدعى عليها من الشركات الرائدة فى مثل هذه الصناعة. وعليه، يتعين على الشركة المدعى عليها أن تقوم بتعويض السيدة المدعية ورد قيمة quantum meruit هذه الفكرة، وذلك على أساس فكرة الإثراء بلا سبب (٢٨١) .

والخلاصة، أن للقضاء الأمريكى فى ظل مبادئ الشريعة العامة و Common Law Principles يتيح لمالك المعرفة الفنية حماية واسعة. هذه الحماية تمتد حتى خارج نطاق حق الملكية، وذلك إذا كانت المعرفة الفنية قد وصلت إلى شخص المتلقى من خلال علاقة ثقة معينة. وعلاقة الثقة فى القانون الأمريكى لها مفهوم فضفاض، فهى لا تقتصر فقط على العلاقات ذات الطابع التعاقدى، وإنما تمتد أيضاً إلى حالات غير تعاقدية يمكن تصورها بناء على المسئولية للاتعاقدية (التقصيرية) Tort Liability،

(٢٨١) الحكم السابق فى ص ٢٧٧، كما وردت به الإشارة فى Turner ، المرجع السابق، فى ص ٣٦٠ .

وفى هذا خلاف حتى مع القانون الانجليزى نفسه، والذي لا يتصور قيام علاقة ثقة ما، بدون عقد. كما يتيح للقضاء الأمريكى الفرصة للمضرور لإقامة دعواه الناشئة عن الإخلال بعلاقة الثقة بناء على أفكار تعاقدية وقواعد المسؤولية للاتعاقدية (التقصيرية) Totrs ؛ فالمضرور لا يجبر على الاستناد إلى أساس معين للمسؤولية، أو بعبارة أخرى، فمبادئ الشريعة العامة لا تجبر المضرور على الخيرة بين المسئوليتين التعاقدية أو التقصيرية، بل يسمح للمضرور بالجمع بينهما، وذلك لكى يتمكن القاضى من منح الحماية أو العلاج العادل remedy بحسب كل قضية.

خاتمة

تخضع المعرفة الفنية فى حمايتها لمبادئ الشريعة العامة Common Law principles فى القانون الأمريكى، إذ لا يوجد قانون فيدرالى يحكمها. فالحماية الفيدرالية تمتد فقط لتحكم الابتكارات التى تصدر عنها براءة اختراع. ولقد أتاح هذا الوضع لمحلكم العدالة التوسع فى فرض الحماية الواجبة للمعرفة الفنية طبقا للقواعد المرنة التى تطبقها هذه المحلكم. وهناك مظاهر عديدة لهذه الحماية الواسعة.

فمن ناحية أولى، فإن القضاء الأمريكى يتوسع إلى حد كبير فى تعريف المعرفة الفنية Know - How ، إذ لا يقصرها على المعارف التقنية التى قد تتمثل فى منتج معين، أو وسيلة، أو تركيبات كيميائية، أو آلة معينة، بل يمتد تعريفها ليشمل أيضا كل من المعلومات التجارية والإدارية والتنظيمية التى قد يطورها مشروع ما، ويحتفظ بها سرا لأنها تكسبه ميزة تنافسية فى مواجهة المشروعات الأخرى. وعليه، فإن المعرفة الفنية تتمثل مع ما يعرف هناك بالأسرار التجارية. ولقد تأكدت هذه الفكرة، بصفة خاصة، بعد صدور القانون الموحد للأسرار التجارية، والذى يتبنى تعريفا واسعا للسر التجارى. وعلى الرغم من أن هذا القانون الأخير ليس قانونا فيدراليا، إلا أن الغالبية العظمى من الولايات الأمريكية قد قامت بتبنيه؛ كما أن الولايات الأخرى التى لم تأخذ به، اقتبست أحكاما مشابهة لأحكامه.

على أنه يشترط أن تتوفر المعرفة الفنية على شروط معينة. فينبغى أن تكون ذات قيمة عملية؛ وذلك لأن محاكم العدالة لن تقوم بإضفاء الحماية على للمعلومات المجردة غير القابلة للتنفيذ العملى. ومن ثم يتعين أن يكون هناك استعمال فعلى للمعرفة الفنية، بحيث تكسب المالك ميزة اقتصادية فوق منافسيه. كما يشترط أن تتوفر المعرفة الفنية على قدر من الجودة، وليس المقصود من ذلك أن تشكل المعرفة بذاتها اختلافا جذريا عن ما هو سائد فى الفن الصناعى، ولكن كل ما هناك أنه يشترط أن تتوفر على اكتشاف ما، وإن لم يكن له نفس درجة الأصالة المطلوبة فى الابتكار القابل لشموله ببراءة اختراع، بحيث يكفى لجذته أن تكون طريقة استعماله أو أسلوب الاستفادة منه ليست فى متناول الآخرين فى نفس المجال. كما يتعين أخيرا، أن تتصف المعرفة الفنية بالسرية. والسرية فى مجال المعرفة الفنية هى سرية نسبية، بحيث لا يمتد العلم بها إلى المشتغلين فى فن صناعى معين دون قيد، أو بدون أن يشكل هذا أى اعتداء على مالكيها الأصليين. ومن ثم فلا يطعن فى سرية المعرفة الفنية وجود آخرين لديهم العلم بها، كهؤلاء الذين قاموا بتطويرها بطريقة مستقلة، أو هؤلاء الذين اتصل علمهم بها من خلال علاقة خاصة تربطهم بالمالك الأصلي، كوجود علاقة عمل ما، أو عقد ترخيص بالاستعمال. أضف إلى ذلك، أنه لا يشترط أن تكون المعرفة الفنية ذات سرية مطلقة من حيث الموضوع، وهذا من شأنه إتاحة الفرصة لحماية تكنولوجيا التوليفة Combination التى وإن كانت جميع عناصرها معروفة للمشتغلين بفن صناعى ما، إلا أن طريقة استخدام هذه العناصر كمجموع لمعالجة أو حل مسألة ما لم تكن ذائعة من

قبل. وهذا يتيح إلى حد بعيد التوسع في المحل الذي ترد عليه المعرفة الفنية التي يمكن شمولها بالحماية.

ومن ناحية ثانية، فإن قواعد الشريعة العامة في القانون الأمريكي تؤكد على الطابع العيني لحق ملكية المعرفة الفنية. والاعتراف بحق الملكية على المعرفة الفنية يتيح للمالك سلطات واسعة، فله سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف. ويمارس المالك هذه السلطات، كما لو كان يمارسها على شيء مادي. ذلك أن مضمون حق الملكية كحق عيني في القانون الأمريكي أوسع كثيرا من ذلك المسند في القوانين اللاتينية، فهو لا ينحصر في الأشياء المادية وإنما يشمل أيضا الحقوق المعنوية والحقوق الشخصية. وللمالك المعرفة الفنية نفس سلطات المالك لشيء مادي. فيجوز له استعمالها واستغلالها والتصرف فيها. كما يترتب على الاعتراف بثبوت الحق في ملكية المعرفة الفنية، وفقا للمعنى الدقيق لهذا الإصطلاح، أن يكون للمالك حمايتها مدنيا كما يحصل بالنسبة للأشياء المادية، فيكون له دعوى استرداد في مواجهة من قام باغتصابها، ويكون له المطالبة بمنع الغير من التعرض له في استعمالها .. الخ. أضف إلى ذلك، أن القوانين الجنائية للولايات المختلفة تجرم الاستيلاء غير المشروع على الأسرار التجارية (المعرفة الفنية)، وتعاقب عليه باعتباره داخلا في عداد جرائم سرقة الأشياء.

ومن ناحية ثالثة، فإن القضاء الأمريكي لا يلجأ إلى حماية المعرفة الفنية بناء على حق الملكية إلا إذا لم توجد علاقة ثقة ما بين المالك

والمتلقي لها. أما إذا توفرت مثل هذه العلاقة، فإن القضاء الأمريكى يفضل حماية المعرفة الفنية من منطلق خيانة المتلقى لهذه العلاقة، لأن ذلك يخلو المضرور حماية أكبر، وخاصة من ناحية التعويض الذى يتعين على المتلقى دفعه. فليس من النادر فى قضايا المعرفة الفنية أن تقوم المحاكم الأمريكية بفرض تعويضات رادعة على المتسبب فى الضرر، بمعنى أن التعويض الذى يستحق عند خيانة علاقة الثقة لا يكون فقط بناء على الأضرار الحاصلة، ولكنه يشمل تعويضات لها صفة العقوبة Punitive damages . كما أن استخدام علاقة الثقة كأساس لحماية المعرفة الفنية يعطى الفرصة للمحاكم الأمريكية للجمع بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية فى آن واحد لحماية المضرور. بل إن القضاء الأمريكى لا يتردد فى بناء علاقة الثقة على أساس المسئولية للعقدية Tort ، وحدها لأنه لا يشترط لوجود علاقة ثقة ما وجود أى صبغة تعاقدية؛ وهذه إحدى خصوصيات القانون الأمريكى، وفى هذا اختلاف حتى مع القضاء الانجليزى الذى يرى عدم امكانية وجود علاقة الثقة خارج نطاق العقد، على الأقل فى صورته الضمنية. بل إن القضاء الأمريكى يبلغ الذروة فى حمايته للمالك المعرفة الفنية، وذلك عند تأسيسه حماية علاقة الثقة بناء على الأفكار الخاصة بنظرية الإثراء بلا سبب، وعدم الاقتصار فى تعويض المالك المضرور بقيمة ما أصابه من افتقار، وإنما أيضا بما فاتته من كسب، وهذه خصوصية أخرى للقضاء الأمريكى.

ومن ناحية رابعة، فإن وجود علاقة ثقة ما بين المالك والمتلقى قد أتاح للقضاء الأمريكى التوسع فى حماية المالك من عدة جوانب: فمن

جانب أول، فإن القضاء الأمريكى يميل إلى إلزام المتلقى بالكتمان والحفاظ على سرية المعرفة الفنية حتى بعد انتهاء أجل العلاقة التعاقدية التى تربط الطرفين. فالالتزام بالكتمان لا يرتبط بمدة العقد، وإنما يرتبط باستمرارية علاقة الثقة بين الطرفين، حتى بعد انتهاء أجل العقد نفسه. ومن جانب آخر، فإن علاقة الثقة التى تنشأ بين المالك والمتلقى تستمر حتى ولو قام المالك بالحصول على براءة الاختراع، إذا كانت هذه العلاقة قد نشأت قبل الحصول على البراءة. ولقد استقر القضاء الأمريكى على هذا المبدأ بعد صدور حكم المحكمة العليا فى قضية Kewanee، وذلك على الرغم من ذبوع سرية الابتكار فى البراءة؛ ويترتب على ذلك أن المتلقى يلتزم بدفع نفقات التكنولوجيا على أساس قيمتها قبل الحصول على البراءة، حتى ولو كانت أعلى من تلك النفقات التى يحصل عليها المالك بعد حصوله عليها.

لا ريب إذا أن مالك المعرفة الفنية يتمتع بحماية واسعة فى نطاق القانون الأمريكى. ومع هذا فإن قيام المالك الأمريكى للتكنولوجيا بتصديرها خارج حدوده الإقليمية، كالدخول فى عقود ترخيص دولية، قد يتضمن - من وجهة نظره - مخاطر عديدة من حيث أنه لن يلقى نفس القدر من الحماية التى تخوله له قواعد قانونه الداخلى، والتى أرسى القضاء الأمريكى مبادئها خلال سنين كثيرة. هنا يقوم المورد الأمريكى للمعرفة الفنية باستخدام العقد كألية وحيدة يمكنه من خلالها فرض أفكاره الوطنية على

المنلقى (٢٨٣) . وعليه، فمن المألوف أن يقوم المورد الأمريكي للتكنولوجيا بتضمين عقوده مع المستوردين الأجانب شروطا صريحة يكون من أثرها استفادة المالك للمورد بقدر الامكان من الحماية التي عادة ما يلقاها في قانونه الوطني، وليس أدل على ذلك من تضمين عقود نقل للمعرفة الفنية شروطا صريحة بالالتزم بالكتمان حتى بعد انتهاء مدة عقد الترخيص نفسه (٢٨٤).



(٢٨٣) أنظر في استخدام العقد كأحد الآليات القانونية لحماية المعرفة الفنية على المستوى الدول وذلك من جانب الشركات المتعددة الجنسيات، الدكتور حسام عيسى، نقل التكنولوجيا، دراسة في الآليات المرجع المشار إليه سابقا، في ص ١٧١ - ١٧٢، وأيضا راجع الفصل الثاني من ذات المؤلف.

(٢٨٤) أنظر في معنى قريب:

Guidelines for Evaluation of Transfer of Technology Agreements, U.N
(1979), III - Know - How and the Know - How agreement.

وبصفة خاصة في ص ١٨.

وأنظر بصفة عامة:

Henry Dahl, U.S. Restrictions on High Technology Transfer : Impact Abroad and Domestic Consequences, Vol. 26 Columbia Journal of Transnational Law PP. 27 - 51 (1987 - 1988).

الأثار المحتملة للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة
على ظروف العمالة بالدول الصناعية المتقدمة - دراسة نظرية تطبيقية،

د. أحمد محمد مندور*

مقدمة :

بينما يعتقد الاقتصاديون أن الآثار السلبية لصادرات الدول النامية إلى الدول الصناعية المتقدمة تكون محددة وضئيلة بل وغير مؤكدة أحياناً على العمال في الدول الأخيرة فإن الرأي العام ومحلي إجراءات الحماية قد يبالغون في تقدير هذه الآثار.

فالنظرية الاقتصادية تفترض أن التجارة لا يترتب عليها تقليل فرص العمالة على مستوى الاقتصاد القومي طالما أن عنصر العمل يتميز بالقابلية للإنتقال أو القدرة على التحرك فضلاً عن المرونة التي تتميز بها الأجور وإن كان من المحتمل أن يتأثر هيكل الإنتاج والأسعار النسبية وتوزيع العمل بين القطاعات المختلفة فضلاً عن التأثير في هيكل المهارات للطلب على العمل.

وبالرغم من محاولات الاقتصاديين تقدير آثار تجارة الدول الصناعية مع الدول النامية على ظروف العمالة بالدول الصناعية. إلا أن معظم هذه التقديرات تتحيز لإسفل (تعطي تقديراً أقل من الحقيقي). وقد تزداد قيمة هذه التقديرات نسبياً بعد الأخذ في الاعتبار أسباب التحيز، ولكن ستظل منخفضة إلى حد كبير إذا ما قورنت بما يعتقد محبوا الحماية وبقبي تقدير الأثر الصافي الحقيقي في الواقع غير مؤكد، ففي الوقت الذي يزداد الوضع الاقتصادي النسبي سوماً لبعض الفئات (مثل العمال وخاصة غير المهرة) في الدول الصناعية فإن فئات أخرى تحقق مكاسب أكبر وخاصة (المستهلكون الذي يتمتعون باستهلاك سلع أرخص نسبياً).

إن إهتمام الرأي العام في الدول الصناعية المتقدمة بخصوص فرص التوظيف وظروف العمل قد يؤدي إلى مطالبة الحكومات في هذه الدول بتبني سياسات تقييدية في مواجهة صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة وخاصة كثيفة العمل منها. وفي المقابل فإن الأخذ بوجهة نظر الاقتصاديين القائلة بضآلة الآثار السلبية لتجارة الدول المتقدمة مع الدول النامية قد يشجع الحكومات على تبني سياسات غير حمائية تشجع التجارة مع الدول النامية فضلاً عن استخدام بعض الوسائل أو السياسات لتقليل الآثار المعاكسة بالنسبة للعمالة وخاصة غير

الماهرة من خلال التوسع في التدريب والتعليم وخلق فرص عمل جديدة، فضلاً عن إتباع أنظمة ملائمة للضرائب والرفاهية والضمان الاجتماعي.

خطة البحث :

يحاول البحث التعرف علي طبيعة ومدى أهمية الآثار المحتملة للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي ظروف العمالة بالدول الصناعية المتقدمة. بهدف الوصول إلي الأثر الصافي الحقيقي (سواء سلباً أو إيجابياً) وقد إستلزم هذا ضرورة القيام بتحليل بعض المؤشرات سواء من واقع البيانات التطبيقية (معدلات إختراق الواردات) أو تلك المستخدمة في بعض الدراسات التي تتناول تقدير آثار التجارة مع الدول النامية علي فرص العمالة بالدول الصناعية مثل دراسات محتوى التجارة من عوامل الإنتاج، ودراسات مدى مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير في فرص العمالة ولما كانت هذه المؤشرات لا تتخلو من المشاكل التي تؤثر في دقة ودلالة التقديرات، لذلك كان من الضروري تقييم كل منها للوصول في النهاية إلي نتائج أفضل بخصوص الأثر الصافي الحقيقي علي العمالة.

ولذلك يشتمل البحث علي النقاط الرئيسية التالية :

أولاً : طبيعة الآثار المحتملة للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة.

- الآثار الأولية.

- الآثار الثانوية.

ثانياً : تحليل بعض المؤشرات الدالة علي الآثار المحتملة علي العمالة.

- معدلات إختراق الواردات.

- محتوى التجارة من عوامل الإنتاج.

- مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير في فرص العمالة.

ثالثاً : تقييم المؤشرات السابقة.

رابعاً : ملخص البحث وأهم النتائج.

أولاً : طبيعة الآثار المحتملة للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي ظرف العمالة في الدول الصناعية المتقدمة :

تتأثر معظم صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة بما تفرضه الدول الصناعية المتقدمة من قيود جمركية وغير جمركية علي هذه المنتجات وخاصة كثيفة العمل منها .

ولذا يكون من الصعب أن نحدد بدقة مدى إستجابة تدفقات التجارة للتغيرات في هذه القيود . وللتغلب علي هذه المشكلة ربما يكون من المعقول أن نفترض أن إزالة أو تقليل هذه القيود يؤدي إلي التوسع في صادرات الدول النامية نظراً لزيادة مقدرتها التنافسية في الأسواق الدولية . إن افتراض تحرير التجارة بين الدول الصناعية والدول النامية قد يترتب عليه افتراض ضمني آخر وهو إمكانية إحلال واردات الدول المتقدمة من الدول النامية محل الناتج المحلي في الدول المتقدمة^(١) . ومن المتوقع أن يترتب علي هذا الافتراض سلسلة طويلة من الإنعكاسات علي العمالة في الدول المختلفة ولكننا سنركز علي ما يحدث للعمالة في الدول الصناعية المتقدمة فقط نتيجة قيام التبادل بينها وبين الدول النامية .

ويمكن التمييز بين عدة آثار محتملة لزيادة معينة في صادرات الدول النامية من إحدى المنتجات إلي الدول الصناعية المتقدمة علي ظروف العمالة بالدول الأخيرة . وتنقسم هذه الآثار إلي اثار أولية Primary effects وأخرى ثانوية Secondary effects .

وفيما يلي نوضح المقصود بكل منهما :

١- الآثار الأولية Primary effects

وتنقسم إلي الآثار المباشرة "Initial" وآثار الربط "Linkage" .

ويقصد بالآثار المباشرة تلك الآثار المصاحبة للتغيرات في التجارة والتي تنعكس في شكل التغيرات في الإنتاج والقيمة المضافة والعمالة وذلك في الصناعة المنتجة للبيع النهائية

(١) إذا افترضنا الإحلال التام فإن واردات الدولة المتقدمة (أ) التي تعادل قيمتها مليون دولار من السلع (س) علي سبيل المثال والتي تحصل عليها من الدولة النامية (ب) يؤدي إلي انخفاض الناتج المحلي في (أ) وزيادته في (ب) بنفس القدر .

ويلاحظ أن مثل هذا الافتراض قد يشير للعديد من المشاكل المرتبطة بكيفية وإمكانية حدوث الإحلال وخاصة في مجال التجارة الدولية ، ولكننا نفترض للتبسيط أن هذا الإحلال قد حدث بالفعل وما نرغب فيه أساساً هو معرفة آثاره علي فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة .

انظر : H.F. Lydall, Employment Effects of Trade Expansion, International Labor Review, March, 1975, No. 3, pp. 219-234.

محل التبادل، فزيادة واردات الدولة المتقدمة (أ) من الأهمية الجبلدية علي سبيل المثال والتي تستوردها من الدولة النامية (ب) يؤدي إلي نقص في الناتج المحلي والقيمة المضافة والعمالة في الدولة (أ) وزيادتها في (ب). وهكذا فإن الأثر المبدي علي العمالة في الدولة المتقدمة نتيجة زيادة وارداتها من سلعة معينة. مثل الأهمية يتمثل في تقليل العمالة في المصانع المنتجة لهذه السلع في هذه الدول.

أما آثار الربط فتحدث نتيجة الاعتماد المتبادل بين صناعة الأهمية (كمنتج نهائي) والصناعات الأخرى التي تمدها بالمستلزمات الوسيطة المطلوبة بالإضافة إلي العمل المحلي المستخدم في إنتاج هذه المستلزمات. وبالتالي فإن إحتياجات العمل المحلي لإنتاج الأهمية يجب إن يشتمل علي العمال بمصانع الأهمية وكذلك أيضا علي العمل المستخدم في إنتاج المواد الخام والمكونات المختلفة التي تلزم لصناعة الأهمية.

ومن ثم يترتب علي آثار الربط تقليل العمالة في الدولة المتقدمة المستوردة للأهمية. وربما تضعف من الآثار السلبية علي العمالة التي يسببها الأثر المبدي و آثار الربط وجود بعض التسريبات "Leakages" من خلال تقليل الواردات أو زيادة الصادرات، فالأثر المبدي المتشمل في نقص الإنتاج المحلي في الدول المستوردة (للأهمية) قد يؤدي إلي تقليل إستيراد المستلزمات الوسيطة للأهمية أو يشجع علي تصديرها لعدم الحاجة إليها في صناعة الأهمية نتيجة التحول إلي صناعات أخرى الأمر الذي يترتب عليه آثار إيجابية بالنسبة للعمالة.

٢- الآثار الثانوية Secondary effects

تنشأ الآثار الثانوية علي العمالة في الدول الصناعية عندما تقوم الدول النامية بإتفاق صافي متحصلاتها من الصرف الأجنبي (نتيجة زيادة صادراتها إلي الدول المتقدمة) علي شراء واردات إضافية، ويسمي هذا الأثر بأثر الإنفاق "Expenditure effects". فمن المحتمل أن تستخدم الدول النامية صافي متحصلاتها من الصرف الأجنبي في أغراض عديدة مثل القيام بتصدير رأس المال أو سداد الديون الخارجية. وقد يستخدم جزء منها في تمويل الواردات الإضافية سواء من التجهيزات الرأسمالية أو المشتريات العادية من السلع والخدمات^(١).

(١) عندما يكون هناك طاقة فائضة في الصناعات أو أن توسع الصادرات يحفز علي تدفق رأس المال الإجنبي إلي الداخل لتسريع التوسع في الطاقة الصناعية فإن معظم المكتسبات الصافية من الصرف الأجنبي في الدول النامية تستخدم لتمويل المشتريات من واردات السلع والخدمات التي تحصل عليها من الدول الصناعية المتقدمة.

وقد يترتب علي ذلك زيادة في الطلب علي صادرات الدول المتقدمة ومن ثم يزداد الطلب علي العمالة في هذه الصناعات ومن المحتمل أن يحدث الإنتقال في العمالة والموارد الأخرى من الصناعات المنافسة للواردات من الدول النامية إلي الصناعات الأخرى (التي تكون أكثر ربحية وأكثر ارتفاعاً في معدلات الأجور).

ويتوقف الأثر الصافي علي العمالة في الدول الصناعية المتقدمة علي محصلة الآثار الأولية والثانوية السابق الإشارة إليها أي مجموع كل من الآثار المبدئية وأثار الربط فضلاً عن أثر الإنفاق.

ثانياً : تحليل أهم المؤشرات الدالة علي الآثار المحتملة علي العمالة نتيجة للتوسع في الصادرات :

يمكن التعرف علي آثار صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي ظروف العمالة بالدول الصناعية المتقدمة من خلال دراسة بعض المؤشرات الهامة مثل معدلات إختراق الواردات، حساب المحتوى السلمي للتجارة من عوامل الإنتاج وخاصة من عنصر العمل بالإضافة إلي مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير في فرص العمالة.

وفيما يلي نتناول هذه المؤشرات الثلاثة بالتحليل بفرض التعرف علي الأثر الصافي علي العمالة في كل منهما :

١- معدلات إختراق الواردات Import Penetration Ratios

تقيس معدلات إختراق الواردات النسبة المئوية من واردات الدول المتقدمة من الدول النامية في إستهلاك الدول الصناعية المتقدمة من المنتجات المصنعة.

وتشير بعض التقديرات أن النسبة في عام ٨٩/٩٠ بالنسبة لمجموعة الدول النامية ككل تصل إلي حوالي ٤٢.٥٪ في الولايات المتحدة وكندا، ٣٢.١٪ في الدول الأوروبية، ٢١.١٪ في اليابان وبالرغم من أن السوق الأمريكي هو الأكثر إتساعاً أمام منتجات الدول النامية حيث يتسع لما يزيد عن ضعف ما يستوعبه السوق الياباني كما يتضح من جدول (١) إلا أن النمو في معدلات إختراق الواردات كانت أكبر في اليابان (٦٠٪) بالمقارنة مع الدول الأخرى (٤٧٪)، وذلك في الفترة من ٨٦/٨٧ حتي ٨٩/٩٠ وإذا نظرنا إلي معدلات إختراق الواردات من قبل الدول النامية الرئيسية المصدرة للمنتجات المصنعة نجد نفس الاتجاه السابق كما يتضح من جدول (١).

جدول (١) معدلات إختراق الواردات في أهم الدول الصناعية المتقدمة
من قبل صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة ٨٤-١٩٩٠
(نسبة مئوية)

الزيادة في المعدل*	المعدلات				السرق	البلد المصدر
	٨٩-٩٠	٨٨-٨٩	٨٦-٨٧	٨٤-٨٥		
الدول النامية ككل :						
٠.٤٧	٤.٢٥	٤.٢١	٣.٧٨	٣.٢٩		الولايات المتحدة وكندا
٠.٤٧	٣.٢١	٣.١٤	٢.٧٤	٢.٩٤		دول EEC
٠.٦٠	٢.١١	١.٩٦	١.٥١	١.٦٥		اليابان
الدول النامية المصدرة للمنتجات المصنعة:						
٠.١٨	٣.٠٣	٣.١٢	٢.٨٥	٢.٣٠		الولايات المتحدة وكندا
٠.٢٤	١.٦٠	١.٦٢	١.٣٦	١.٢٠		دول EEC
٠.٣٢	١.٢٤	١.٢١	٠.٩٢	٠.٩٢		اليابان

* تم حساب الزيادة في المعدل بالفرق بين معدلات الإختراق في عام ٨٩/٩٠ وعام ٨٧/٨٦ .

المصدر : UNCTAD, Trade and Development Report, 1993, p. 21.

ويلاحظ عما سبق ضآلة معدلات إختراق الواردات أي ضآلة النصيب النسبي للواردات من الدول النامية في إستهلاك الدول الصناعية المتقدمة من المنتجات المصنعة ومن ثم ضآلة الآثار السلبية علي العمالة في الدول الصناعية. وقد يستنتج من ذلك أن الخوف من التوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة إلي الدول الصناعية ليس له مبرر كما يتضح من الأدلة التطبيقية.

٢- محتوى التجارة من عوامل الإنتاج (العمل)

"Studies of The Factor Content of Trade"

تهتم دراسات محتوى التجارة من عوامل الإنتاج وخاصة العمل بمعرفة كمية العمل اللازم لإنتاج السلع التي تصدرها الدول المتقدمة للدول النامية، وكذلك كمية العمل اللازمة إذا ما أرادت الدول الصناعية أن تنتج محلياً السلع التي تستوردها من الدول النامية.

ويقدر الأثر الصافي لمحتوي التجارة من العمل بالفرق بين محتوى كل من الصادرات والواردات من العمل ويمكن حساب الأثر الصافي علي مستوي الاقتصاد القومي ككل أو

بالنسبة لصناعات معينة وأيضاً بالنسبة لفئات معينة من العمال.

وبينما يكون حساب محتوى العمل الفعلي في الصادرات بسيطاً ومباشراً بالرغم من أنه يحتاج إلي توافر قدر كبير من البيانات فإن حساب محتوى العمل الإفتراضي في الواردات يكون أكثر صعوبة من الناحية العملية، حيث يفترض الاقتصاديون أن كل الواردات تعتبر منافسة للنتائج المحلي ومن ثم يركزون علي المحتوى الفعلي للعمل في الصناعات المحلية التي تنتج مبعها مماثلة للواردات.

ويتضح من تقديرات محتوى العمل في الصادرات والواردات للعديد من الدول الصناعية المتقدمة وجود درجة كبيرة من التشابه في النتائج بالرغم من وجود إختلافات في الطرق المنهجية المستخدمة.

وكما يتضح من جدول (٢) أن الواردات تتضمن قدراً أكبر من العمل بالمقارنة مع الصادرات وهذا يعتبر أمراً متوقعاً طالما أن الميزة النسبية للدول النامية تكمن أساساً في المنتجات كثيفة العمل - وإن كانت الفروق ضئيلة لا تتجاوز ٢٠٪ في المتوسط بين محتوى العمل في الصادرات والواردات.

جدول (٢) معدل محتوى العمل في الصادرات
إلى محتوى العمل في الواردات الثلاثة في بعض الدول الصناعية المتقدمة

السنة	الدولة	المعدل
٨٣	دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ككل OECD	٠.٨٠
٨٥	ألمانيا	٠.٧٨
٨٥	فرنسا	٠.٨٠
٨٥	إيطاليا	٠.٩٩
٨٥	هولندا	٠.٨٠
٨٥	بلجيكا	٠.٨٥
٨٥	المملكة المتحدة	٠.٧٨

المصدر :

Adrian wood, How Much Does Trade With The South Affects Workers In The North? The World Bank Research Observer, Jan. 91, p. 22.

ويستنتج مما سبق أنه طالما أن محتوى العمل في الواردات المصنعة يريد عنه في الصادرات فإن التوسع المتوازن في التجارة مع الدول النامية ربما يؤدي إلى تقليل فرص العمالة في الدول النامية الصناعية المتقدمة. غير أنه من الملاحظ أن هذا النوع من التجارة لا يكون متوازناً حيث تحقق الدول النامية المتقدمة - ككل - فائضاً كبيراً في تجارتها مع مجموعة الدول النامية، بل قد أتضح من بعض التقديرات حدوث زيادة في فرص العمالة في القطاع الصناعي بالدول المتقدمة كما يصور جدول (٣). وإن كان يستثنى من هذا -الولايات المتحدة- التي تحقق عجزاً في تجارة المنتجات المصنعة مع الدول النامية (وخاصة دول شرق آسيا). ولكن يلاحظ حتى في هذه الحالة الإستثنائية أن النقص في فرص العمالة يبدو ضئيلاً للغاية.

جدول (٣) آثار التجارة في المنتجات المصنعة مع الدول النامية
على فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة عام ٨٢

(الأعداد بالآلاف المشغولين)

الإقليم	الصادرات (ص) الآثار (+)	الواردات (و) الآثار (-)	الأثر الصافي (ص - و)
الولايات المتحدة	٦٦٢	٧٩٥	- ١٣٣
دول السوق الأوروبية	١٨٠٨	٦٤٤	٨٦٤
اليابان	٩٤٧	١٣٤	٨١٣
الدول الأخرى في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية	٣٧١	٢٠٤	١٦٧
دول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ككل	٣٤٨٨	١٣٧٦	١٧١٢

Ibid, p. 23

المصدر :

وعلى الرغم من ضآلة الآثار على العمالة على مستوى الاقتصاد القومي ككل فإن هذه الآثار قد تكون جوهرية إذا نظرنا إلى العمالة على أساس مستوى الصناعة ومستوى المهارات.

ومن المتوقع أن تكون الآثار السلبية على صناعات معينة مثل المواد الغذائية، المنتجات الخشبية، المنسوجات والملابس، الأحذية الجلدية. حيث تقل فرص العمالة بهذه الصناعات نتيجة التوسع في صادرات المنتجات المصنعة من الدول النامية إلى الدول الصناعية

المتقدمة^(١) غير أن هذه الآثار السلبية تقل إلى حد كبير إذا أخذنا في الاعتبار الزيادة في فرص العمالة التي تتحقق في صناعات الآلات والصناعات الكيماوية نتيجة زيادة واردات الدول النامية من هذه المنتجات.

أما بالنسبة للتأثير على المهارات فمن المحتمل أن يختلف تأثير التجارة على العمال المهرة عنه بالنسبة لغير المهرة، حيث يتضح من العديد من الدراسات أن الصناعات التي تقوم بالتصدير إلى الدول النامية تستخدم غالباً نسب أعلى من العمال المهرة بالمقارنة مع تلك الصناعات التي تتنافس مع الواردات من الدول النامية، وبينما يستفيد العمال المهرة من هذا النوع من التجارة يزداد الوضع سوءاً بصفة خاصة بالنسبة للعمال شبه المهرة وغير المهرة وذلك كما يتضح من جدول (٤) وجدول (٥).

جدول (٤) محتوى المهارة في تجارة المنتجات المصنعة مع الدول النامية عام ١٩٧٥
في دول OECD (نسب مئوية كل المشتغلين في القطاعات المرتبطة بالتجارة)

محتوي المهارة	الصادرات	الواردات المتنافسة
القيمين	١١٨٢	٦٠
الوظائف	١٩٠٥	١٦٨٩
أصحاب المهارات البدنية	٢٣٨٢	١٣٠٥
أصحاب المهارات الأخرى	٤٦٠	٦٣٦١

Ibid, p. 23

المصدر :

ويتضح من جدول (٤) أن التجارة بين دول OECD والدول النامية في مجال المنتجات المصنعة تفيد أصحاب المهارات الفنية والبدنية (يكون الأثر الصافي إيجابياً) على حساب أصحاب المهارات الأخرى الأقل (يكون الأثر الصافي سلبياً).

ويتضح نفس الاتجاه بالنسبة لمحتوي المهارة في الدول النامية الأوروبية منفصلة عام ٨٥، حيث تزيد نسبة العمل غير الماهر وشبه الماهر في الصناعات التي تتنافس مع الواردات بالمقارنة مع تلك التي تقوم بالتصدير ومن ثم يكون الأثر سلبياً وذلك كما يتضح من جدول (٥).

(١) يمكن تفسير ذلك بأن الدول النامية ذات الفائض في عنصر العمل تستطيع أن تحمل العمل محل رأس المال بدرجة أكبر من السهولة في الصناعات كثيفة العمل حيث تكون التكنولوجيا أكثر تطوراً بالمقارنة مع القطاعات كثيفة رأس المال، وعلى ذلك فإن التوسع في صادرات هذه المنتجات إلى الدول الصناعية المتقدمة - يؤثر سلباً على فرص العمالة بها بينما يكون الأثر إيجابياً على فرص العمالة بالدول النامية.

جدول (٥) محتوى العمل غير الماهر وشبه الماهر في تجارة أهم الدول الأوروبية الصناعية عام ٨٥ مع الدول النامية في مجال المنتجات المصنعة (نسب مئوية كل المشتغلين في القطاعات المرتبطة بالتجارة)

الدولة	الصادرات	الواردات الثالثة
ألمانيا	٣٦٧	٥٢٧
فرنسا	٣٦٤	٤٢٨
إيطاليا	٤٦٧	٥١٨
هولندا	٤٢٦	٥٣٠
بلجيكا	٤٢٩	٥٠٧
المملكة المتحدة	٤١٣	٥١٨

Ibid, p. 23

المصدر :

٣- مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير في فرص العمالة

تحاول العديد من الدراسات تحديد الآثار الكمية على نمو العمالة التي يمكن أرجاعها إلى مساهمة المصادر المختلفة مثل الطلب المحلي، والواردات، والصادرات، ونمو الإنتاجية. وتعتبر طريقة المساهمة في مصادر النمو "Accounting Approach" من أكثر الطرق المنهجية استخداماً في هذا المجال.

فيما يلي نوضح كيفية استخدام هذا الأسلوب في تجزئة مصادر التغير في فرص العمالة^(١):

إذا افترضنا أن الطلب المحلي، C ، الناتج المحلي، Q ، الصادرات X والواردات M (حيث C, Q, X, M تقاس بالأسعار الثابتة) يمكن بالنسبة للسعة z وفي الفترة الزمنية t الحصول على المطابقة (١) :

$$C_{it} = Q_{it} - X_{it} + M_{it} \quad (1)$$

وإذا افترضنا أن مستوى العمالة E ، متوسط إنتاجية العمل P فإنه يمكن كتابة المطابقة (٢) على النحو التالي :

$$P_{it} = \frac{Q_{it}}{E_{it}} \quad (2)$$

(1) John P. Martin and John M. Evans, Notes on Measuring The Employment Displacement Effects of Trade By the Accounting Procedure, Oxford Economic Papers, March 1981, pp. 154-164.

ويمكن إستخدام المتطابقتين (1)، (2) معاً للحصول علي متطابقة أخرى وبعد إيجاد تفاضلها بالنسبة لعنصر الزمن نحصل علي معادلة تعبر عن مصادر التغير في العمالة بدلالة التغيرات في العوامل الأخرى وهي المعادلة (3) :

$$\dot{E}_{it} = \frac{1}{P_{it}} [\dot{C}_{it} + \dot{X}_{it} - \dot{M}_{it} - \dot{P}_{it} \cdot E_{it}] \quad (3)^*$$

حيث $\dot{E} = \frac{dE}{dt}$ ويقتل التغير في مستوي العمالة عبر الزمن.

وتوضح المعادلة (3)* أن معدل نمو العمالة \dot{E} يتحدد بمحصلة أربع مكونات أساسية هي نمو الطلب المحلي والصادرات (حيث يكون أثرهما إيجابى علي نمو العمالة)، ونمو الواردات وإنتاجية العمل (حيث يكون أثرهما سلبياً علي نمو العمالة).

* يمكن الحصول علي المعادلة (3)* علي النحو التالي :

$$E_{it} \equiv \frac{Q_{it}}{P_{it}} \quad \text{من المتطابقة (2) نحصل علي :}$$

وبالتعويض من (1) عن Q_{it} نحصل علي :

$$E_{it} \equiv \frac{C_{it} + X_{it} - M_{it}}{P_{it}}$$

بأخذ اللوغاريتم الطرفين نحصل علي :

$$\log E_{it} = \log (C_{it} + X_{it} - M_{it}) - \log P_{it}$$

وبإيجاد التفاضل بالنسبة لعنصر الزمن نحصل علي :

$$\frac{d \log E_{it}}{dt} = \frac{d \log (C_{it} + X_{it} - M_{it})}{dt} - \frac{d \log P_{it}}{dt}$$

ومنها :

$$\frac{\dot{E}_{it}}{E_{it}} = \frac{1}{C_{it} + X_{it} - M_{it}} [\dot{C}_{it} + \dot{X}_{it} - \dot{M}_{it}] - \frac{\dot{P}_{it}}{P_{it}}$$

أي :

$$\begin{aligned} \dot{E}_{it} &= \frac{Q_{it}}{P_{it}} \cdot \frac{1}{(C_{it} + X_{it} - M_{it})} [\dot{C}_{it} + \dot{X}_{it} - \dot{M}_{it}] - E_{it} \frac{\dot{P}_{it}}{P_{it}} \\ \dot{E}_{it} &= \frac{1}{P_{it}} [\dot{C}_{it} + \dot{X}_{it} - \dot{M}_{it} - \dot{P}_{it} \cdot E_{it}] \end{aligned}$$

ولتقدير أثار التجارة مع الدول النامية علي فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة يتعين عزل أو فصل هذه الأثار عن المصادر الأخرى المسببة للتغير في فرص العمالة. وقد قامت UNIDO (١٩٨٦) بإعداد تقديرات تعتبر من أكثر الحسابات شمولاً وحداثة في هذا المجال^(١)، حيث أشتملت الدراسة علي نسبة أكبر من الدول الصناعية المتقدمة وغطت الفترة من ٧٥-١٩٨٠ وإعتمدت النتائج علي استخلام جداول المدخلات والمخرجات input-output table ويلمخص هذه النتائج جدول (٦).

جدول (٦) مصادر التغير في فرص العمالة الصناعية في ست من الدول الصناعية*
(١٩٧٥-١٩٨٠) والأعداد بالآلاف المشتغلين

المصدر	مقدار التغير (الزيادة +، النقص -)
الطلب المحلي	+ ٩٦٤٤
التجارة الخارجية :	- ١٥٦
كل الدول الصناعية	- ٥.٣
كل الدول النامية	+ ١٧١
٩ دول فقط من الدول النامية**	- ٢.٦
معاملات المدخلات والمخرجات	+ ١٦٥
إنتاجية العمل	- ١٠٢٥٩
المجموع الكلي	- ٨٣٠

* الدول الصناعية الست هي فرنسا وألمانيا الاتحادية وإيطاليا واليابان والمملكة المتحدة والولايات المتحدة واشتملت الصناعة علي قطاعات التصنيع التحويلية والتعدين والمناجم العامة.

** الدول التسع هي الأرجنتين والبرازيل وهونغ كونغ وجمهورية كوريا وماليزيا والمكسيك والفلبين وسنغافورة وتايلاند.

UNIDO, 1986, Table 3.1

المصدر :

(١) تترجم العديد من الدراسات المبكرة لتقدير أثار زيادة واردات الدول الصناعية من الدول النامية من المنتجات المستتمة علي فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة. والتي قامت بها ILO, OECD بالإضافة إلي UNCTAD. وللتعرف علي هذه الدراسات بالتفصيل يمكن الرجوع إلي :
C. Hsieh, Measuring The Effects of Trade Expansion on Exemployment: A Review of Some Research, International Labour Review, January, 1973, pp. 1-29.

ويلاحظ على جدول (٦) أن كل من الصادرات والواردات لم تظهر بصورة منفصلة وإنما ظهر أثرها الصافي على العمالة وقد تم تفصيل التجارة الخارجية طبقاً لأطراف التجارة المختلفة. كما أشتمل الجدول على التغير في المعاملات الفنية كمصدر للتغير في فرص العمالة.

ويتضح من الجدول أن التغيرات في الطلب المحلي والنمو في إنتاجية العمل تمثل المصادر الأكثر أهمية بالمقارنة مع التغيرات في التجارة الخارجية فالزيادة في صافي صادرات الدول الصناعية الست إلى الدول النامية أدت إلى زيادة فرص العمالة في هذه الدول بنسبة ٢٪ فقط من الزيادة في فرص العمل التي تحققت نتيجة الزيادة في الطلب المحلي، كما أن الزيادة في صافي الواردات من الدول النامية التوسع الحديثة التصنيع لم تؤد إلى تخفيض في فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة الستة سوى بنسبة ٢٪ فقط من الإنخفاض الذي تم إرجاعه إلى الأرتفاع في إنتاجية العمل في هذه الدول.

وتتفق هذه النتائج مع نتائج دراسات أخرى سابقة في هذا المجال بالنسبة للمملكة المتحدة في الفترة من ١٩٧٠-١٩٧٥ حيث إتضح إنخفاض فرص العمالة بنسبة ٨٪ فقط في الصناعات التي تمثل فيها الواردات من الدول النامية حوالي ٢٪ أو أكثر من الإستهلاك المحلي على مدى الفترة المذكورة بينما لوحظ أن النمو في الإنتاجية قد ترتب عليه فقد في الوظائف يزيد ثلاثون مرة عن الفقد في العمالة الذي أرجع إلى التجارة مع الدول النامية.

ففي صناعة الملابس على سبيل المثال والتي كانت أكثر تأثراً بالواردات من الدول النامية فإن الفقد في فرص العمل الذي سببه النمو في الإنتاجية قدر بحوالي أربعة أمثال ما سببته التجارة^(١١).

ثالثاً: تقييم المؤشرات السابقة :

سنحاول فيما يلي تقييم المؤشرات الثلاثة السابقة بهدف تقدير الأثر الصافي الحقيقي للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة على فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة :

أ- معدلات إختراق الواردات :

يوضح هذا المؤشر النسبة المئوية من واردات الدول المتقدمة من الدول النامية في استهلاك الدول المتقدمة، وقد إتضح ضالة هذه النسبة من واقع البيانات التطبيقية وربما يستنتج من ذلك بالتبعية ضالة الآثار السلبية التي تنشأ نتيجة التوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة. غير أن مثل هذا الإستنتاج قد ينقصه الدقة للأسباب التالية :

١- ترتبط معدلات إختراق الواردات بالنتائج وليس بالعمالة ولما كانت الواردات من الدول النامية تتركز أساساً في المنتجات أو القطاعات الأكثر كثيفاً للعمل فإن إنخفاض هذه المعدلات لايعني بالضرورة ضالة تأثيرها علي العمالة في الدول الصناعية المتقدمة ولاسيما إذا أخذنا في الاعتبار الآثار غير المباشرة أو الثانوية (آثار الربط) التي تنشأ نتيجة الإعتماد المتبادل بين هذه الصناعات والصناعات الأخرى المرتبطة بها.

٢- ربما تسبب المنافسة في الصناعات التي تتنافس مع الواردات في الدول الصناعية المتقدمة في إزاحة بعض العمال بالرغم من إنخفاض معدلات الإختراق نتيجة إستجابة المنشآت المحلية للمنافسة من خلال إدخال فنون إنتاجية جديدة تقلل من استخدام العمال بدرجة أكبر^(١).

٣- إن معدلات إختراق الواردات تركز فقط علي آثار زيادة الواردات في الدول الصناعية المتقدمة علي فرص العمالة بها بينما تتجاهل المكاسب التي يمكن أن تتحقق بالنسبة للعمالة نتيجة قيام الدول النامية بزيادة وارداتها من الدول الصناعية والتي يتم تحويلها إلي حد كبير من صافي المتحصلات من الصرف الأجنبي التي تحصل عليها الدول النامية والتي تتأثر بدورها بما تدفعه الدول الصناعية المتقدمة كمقابل عن وارداتها إلي الدول النامية. أي أن مقياس معدلات إختراق الواردات يعتبر مقياس من جانب واحد ويتجاهل ما يُعرف بآثر الاتفاق.

(١) يدي البعض مثل (Kruger) أن تركيز رأس المال والتقدم الفني التفاضلي قد يدفع تدريجياً بالأجور الحقيقية إلي أعلى في الدول الصناعية المتقدمة مما يجعل استخدام الفنون الكثيفة العمل غير اقتصادي. ومن المحتمل أن يكون للتجارة مع الدول النامية آثار مماثلة.

ب- محتوى التجارة من عوامل الإنتاج :

تواجه معظم الدراسات التقليدية لمحتوي التجارة من عنصر العمل العديد من المشكلات التي تؤثر في مدى دقة التقديرات ويتسبب معظمها في إعطاء تقديرات منخفضة للأثار السلبية الحقيقية علي فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة نتيجة تجارتها مع الدول الصناعية.

وفيما يلي نتناقش أهم هذه المشكلات :

١- ربما تتسبب المشكلة الأولى (فقط) في إعطاء تقديرات مبالغ فيها بالنسبة للأثار السلبية علي العمالة في الدول الصناعية المتقدمة، وتتمثل هذه المشكلة في أن السلع التي يتم إستيرادها من الدول الصناعية تكون غالباً أرخص نسبياً بالمقارنة مع ثمنها عندما تنتج محلياً في الدول الصناعية، وقد يترتب علي ذلك أن المستهلكين في هذه الدول قد يقوموا بشراء واردات أكبر مما لو تم الإنتاج محلياً ومن ثم تكون الزيادة في الواردات أكبر من الإنخفاض في الناتج المحلي ولذلك فإن استخدام مستوي الواردات كمؤشر للإنخفاض في الناتج (كما يفترض غالباً في معظم هذه الدراسات) قد يؤدي إلي تقدير مبالغ فيه (أعلي من حقيقة) بالنسبة للنقص في فرص العمالة في الدول الصناعية ويتوقف ذلك علي مدى الزيادة في طلب المستهلكين التي تحدث نتيجة الأمان الأهل للواردات.

٢- تلخص المشكلة الثانية في أن معظم الدراسات التقليدية لمحتوي التجارة من العمل قد تسترشد بالفوائض الكبيرة التي تحققها معظم الدول الصناعية المتقدمة في تجارتها مع الدول النامية كدليل تطبيقي علي أن هذا النوع من التجارة يؤدي فعلياً إلي زيادة فرص العمالة بالدول الصناعية وما يتضمنه ذلك من تخفيض فرص العمالة بالدول النامية وهو الأمر الذي قد يبدو غير منطقياً.

وتتجاهل هذه المناقشة إحتواء صادرات الدول الصناعية المتقدمة من المنتجات المصنعة علي جزء من المنتجات الأولية التي تم إستيرادها من الدول النامية فضلاً عن تجاهل أثر المضاعف علي العمالة في الدول النامية^(١).

(١) حيث يترتب علي زيادة معينة في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة حصولها علي مكاسب صافية من الصرف الأجنبي تستطيع استخدامها في تمويل وارداتها من الدول الصناعية الأمر الذي يؤدي إلي زيادة الطلب الكلي بشكل مضاعف يتحدد بالميل الحدي للإستيراد. ويطلق علي الزيادة في العمالة في الدول النامية التي تنشأ نتيجة التوسع الثانوي في الطلب الكلي - أثر المضاعف.

٣- تتمثل المشكلة الثالثة في دراسات تقدير محتوى التجارة من العمل في أنها تفترض أن كل الواردات من المنتجات المصنعة من الدول النامية تتنافس مع سلع مماثلة لها يتم إنتاجها محلياً في الدول الصناعية ومن ثم يقدر محتوى العمل في هذه الواردات من واقع بيانات عن المنشآت المحلية التي تقوم بإنتاج هذه السلع.

وفي حقيقة الأمر نجد أن هناك الكثير من الواردات من المنتجات المصنعة من الدول النامية وخاصة كثيفة العمل أصبحت غير متنافسة "non-competing" مع ما ينتج محلياً في الدول الصناعية ربما لأن الكثير من هذه السلع لم يعد يُصنع أو ينتج في هذه الدول. ويرتبط على ذلك أن تقدير محتوى الواردات من العمل سيكون منخفضاً ومن ثم يكون الأثر الصافي المعاكس للطلب على العمل في الدول الصناعية أقل من حقيقته.

ويقترح البعض^(١) طريقة بديلة أفضل لتقدير محتوى العمل الافتراضي في الواردات في السلع التي تعتبر غير متنافسة مع الناتج المحلي من خلال تقدير كمية العمل ودرجة المهارة التي تستخدم فعلاً في إنتاج هذه السلع في دولة المنشأ أو المصدر بعد تعديلها لتأخذ في الاعتبار - إحتمال قيام المنشآت في الدول الصناعية باستخدام وسائل إنتاج أقل تكثيفاً في استخدام العمل نظراً لإرتفاع الأجور فضلاً عن مراعاة مسألة تخلف التكنولوجيا في الدول النامية المصدر لهذه السلع. "Inferiority of technology"

ج- مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير في فرص العمالة :

تفترض دراسات حساب مساهمة التجارة في تغير فرص العمالة السابقة الإشارة إليها أنه يمكن عزل أثار المكونات المختلفة المسببة للتغير في العمالة ومنها التجارة وتواجه هذه الدراسات بالمشاكل التالية :

(١) استخدم Wood (١٩٩٠) هذه الطريقة في حساب محتوى العمل للواردات غير المتنافسة وليس مستغرباً أن نصل إلى تقديرات أكثر إنخفاضاً للطلب على العمل في القطاع الصناعي في الدول الصناعية نتيجة تهاوتها مع الدول النامية على مدى فترة تقدر بحوالي ثلاثة عقود حيث قدر الطلب على العمل (الأثر الصافي) بمقدار يقل بحوالي ٩ مليون شخص - ستة بالمائة مع معظم الدراسات السابقة. وقدوت نسبة الإنخفاض بحوالي ١٢٪ من العمالة . بالقطاع الصناعي عام ٨٥ . . .

علارة على ذلك فإن الإنخفاض كان أكثر وضوحاً وتركيزاً على فئة العمل غير الماهر حيث كانت النسبة حوالي ٦٪ من العمالة غير الماهرة على مستوى الاقتصاد القومي ككل بينما لم تتعدى ١٪ بالنسبة للعمل الماهر.

Adrian, Wood, op. cit., pp. 25-26 (Table 4)

١- إن الإفتراض بأن التغيرات في إنتاجية العمل لا ترتبط بالتجارة الخارجية^(١) ربما يؤدي إلى نتائج مضللة بالنسبة لتأثير التجارة مع الدول النامية علي الطلب علي العمل وخاصة غير الماهر في الدول الصناعية المتقدمة وفي حقيقة الأمر أن هذا النوع من التجارة يمكن أن يؤدي إلى زيادة الإنتاجية طالما أن الواردات المنخفضة التكلفة من الدول النامية تحفز المنشآت التي تنتج سلع متنافسة مع الواردات علي زيادة الإنتاجية وخفض تكاليف الإنتاج، ومن المحتمل أن يحدث هذا من خلال إحلال مزيد من رأس المال والمهارات محل العمل غير الماهر لمواجهة المنافسة الخارجية، يضاف إلي ذلك أن زيادة الإنتاجية قد تقتضي إحداث تغيرات في تركيبه الناتج حيث تترك المنشآت الأنشطة المكثفة للعمل إما بالتخلي عن إنتاج منتجات معينة أو بتجزئة عمليات الإنتاج بحيث تقتصر فقط علي العمليات الإنتاجية الأكثر كثيفاً للمهارة ورأس المال.

وهكذا فإن التجارة مع الدول النامية قد تسبب تخفيضات أكبر نسبياً في الطلب علي العمل غير الماهر في الدول الصناعية بأكثر مما توضحه النتائج القائمة علي إفتراض عدم أرتباط التغيرات في الإنتاجية بالتغيرات في التجارة^(٢).

ولكن يبقى السؤال الهام: إلي أي مدى تساهم التجارة مع الدول النامية في زيادة الإنتاجية؟ وكيف يمكن عزل هذا الأثر عن الآثار الأخرى بما فيها التجارة بين الدول الصناعية بعضها البعض؟.

٢- حاول البعض Wood (١٩٨٩) عزل آثار التجارة علي نمو الإنتاجية عن طريق استخدام بيانات عن قطاعات لا تقوم بالتجارة الخارجية (مثل أنشطة البناء والتشييد والخدمات) وذلك بهدف معرفة تأثير العوامل الداخلية الأخرى.

وقد أوضحت هذه الدراسات أن إنتاجية العمل في القطاع الصناعي في الدول الصناعية قد حققت نمواً بمعدلات متزايدة^(٣) في أوائل الستينات من هذا القرن وخاصة بعد أن بدأت

(١) لقراءة أكثر تفصيلاً عن إرتباط الإنتاجية بالتجارة :

انظر : James R. Tybout, Linking Trade and Productivity : New Research Directions, The World Bank Economic Review, Vo. 6, No. 2, 1992. pp. 189-211.

(٢) يتربط علي تجاهل آثار قط الواردات في الماضي علي فرص العمالة في الوقت الراهن - تقدير الآثار السلبية للتجارة بأقل من حقيقتها في الدول الصناعية المتقدمة.

Martin and Evans, op. cit., p. 163

انظر :

(٣) قد يفسر البعض هذه النتيجة بالنمو السريع في التقدم التكنولوجي للقطعتين أو النمو في الأجور الحقيقية وربما يتضح عدم ملائمة هذا التفسير إذا أخذنا في الاعتبار أن نمو الإنتاجية في القطاعات التي لا تقوم بالتجارة لم يتزايد نتيجة هذه العوامل.

صادرات الدول النامية من المنتجات المنصعة في الإنطلاق وغزو أسواق الدول الصناعية المتقدمة. وبالرغم من إقبال نمو الإنتاجية في كافة القطاعات نحو التباطؤ منذ أواخر الستينات إلا إنه كان أقل وضوحاً في القطاع الصناعي بالمقارنة مع القطاعات الأخرى التي لا تقوم بالتجارة.

وتتسق هذه النتيجة مع تركيز الإنتاج كثيف العمل في الدول النامية من ناحية واستخدام الفنون الإنتاجية الموفرة للعمل في الدول الصناعية المتقدمة من الناحية الأخرى.

ولتقدير أثر التجارة علي الطلب علي العمل في القطاع الصناعي يتم مقارنة كمية العمل الفعلية اللازمة لكل وحدة من الناتج مع كمية العمل التي كان يجب استخدامها إذا إستمر النمو في الإنتاجية في القطاع الصناعي - بطيئاً - بالنسبة للإنتاجية في القطاعات الأخرى في فترة الخمسينات.

وقد إتضح طبقاً لهذه الطريقة أن الإنخفاض في الطلب علي العمل في الصناعة في الفترة من ١٩٨٥-٦٥ في كل الدول الصناعية تراوح بين ١٠ إلى ٣٠ مليون شخص في السنة وهو ما يعني إنخفاض مساهمة النصيب النسبي للقطاع الصناعي في العمالة من ٢٩٪ إلى حوالي ٢٢٪ في هذه الدول^(١).

٣- من الممكن توجيه العديد من الإنتقادات إلي نتائج الدراسات السابقة التي إعتمدت علي بيانات فترة الخمسينات فربما لا تكون هذه البيانات بالضرورة أساس جيد للمقارنة، كما أن إرجاع الزيادة في إنتاجية العمل في القطاع الصناعي في الدول الصناعية المتقدمة إلي التجارة مع الدول النامية وحدها قد يعتبر تبسيطاً مبالغ فيه، فالحقيقة أن جزءاً من النمو السريع في إنتاجية العمل في القطاع الصناعي يرجع إلي أسباب أو مصادر أخرى مثل التكنولوجيا الحديثة أو نتيجة المنافسة الشديدة بين الدول الصناعية المتقدمة وبعضها البعض ومن ثم يكون من الصعب عزل أو تمييز أثار التجارة مع الدول النامية علي فرص العمالة في الدول الصناعية عن الأثار الأخرى بما فيها التجارة بين الدول الصناعية نفسها.

٤- حاولت بعض الدراسات توضيح أثار منافسة الواردات في الدول الصناعية المتقدمة علي الأجور في صناعات معينة وخاصة في الولايات المتحدة،

وإستنتجت معظم هذه الدراسات أن هذه المنافسة قد أثرت جوهرياً علي الأجور في قطاعات معينة وأدت إلي إتساع الفروق الأجرية بين العمل الأكثر مهارة والأقل مهارة^(١).

وتتسق هذه النتيجة مع ما خلصت إليه العديد من الدراسات السابقة بأن التجارة مع الدول النامية تقلل من الطلب النسبي علي العمل غير الماهر في الدول الصناعية المتقدمة بالرغم أن التجارة بين الدول الصناعية المتقدمة وبعضها البعض قد لعبت دوراً ملحوظاً في هذا الخصوص حيث تشير العديد من الدلائل إلي تزايد الفروق في الأجور في الثمانينات في أوروبا وبصفة خاصة في المملكة المتحدة.

وبناءً : ملخص البحث وأهم النتائج :

حاول البحث الإجابة علي سؤال أساسي وهو كيف تؤثر تجارة الدول النامية مع الدول الصناعية المتقدمة في مجال المنتجات المصنعة علي ظروف العمالة بالدول الصناعية المتقدمة؟ وللإجابة علي هذا السؤال تناول البحث توضيح طبيعة الآثار المحتملة للتوسع في صادرات الدول النامية من المنتجات المصنعة علي ظروف العمالة بالدول الصناعية المتقدمة وميز بين الآثار الأولية والآثار الثانوية المحتملة. ثم تناول بالتحليل دراسة أهم المؤشرات الدالة علي هذه الآثار المحتملة وإستعرض ثلاثة مؤشرات أساسية هي معدلات إختراق الواردات ومحتوي التجارة من العمل ومدى مساهمة التجارة كأحد مصادر التغير في فرص العمالة. ويهدف الوصول إلي نتائج أفضل قام الباحث بتقييم المؤشرات السابقة حيث تمت مناقشة المشكلات وأوجه القصور للتعرف علي الأثر الصافي الحقيقي علي فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة.

(١) انظر علي سبيل المثال :

وقد خلص البحث إلى أهم النتائج التالية :

١- بالرغم من وجود العديد من الدراسات الكمية التي حاولت تقدير آثار التوسع في الصادرات المصنعة للدول النامية علي فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة إلا أن نتائج معظم هذه الدراسات كانت متحيزة لأسفل، حيث قدرت الآثار السلبية علي العمالة بأقل من حقيقتها نتيجة الإعتماد علي افتراضات معينة (مثل تماثل أو تنافس الواردات من المنتجات المصنعة من الدول النامية مع الناتج المحلي في الدول الصناعية المتقدمة، عدم ارتباط النمو في إنتاجية العمل بالتجارة الخارجية).

يضاف إلي ذلك عدم الأخذ في الاعتبار كافة الآثار المحتملة (الأولية والثانوية) علي العمالة.

٢- إتضح من تقييم أهم المؤشرات الدالة علي الآثار المحتملة للتوسع في الصادرات المصنعة للدول النامية علي فرص العمالة في الدول الصناعية المتقدمة إمكانية تحسين نتائج هذه المؤشرات لتعبر عن الأثر الصافي الحقيقي بصورة أفضل بعد الأخذ في الاعتبار أهم المشكلات التي واجهت الدراسات السابقة.

وبالرغم من هذا التحسن النسبي في التقديرات إلا إنها لم تصل إلي الحدود المبالغ فيها التي يتصورها غير الاقتصاديين ومحللي سياسات الحماية.

٣- بالرغم من ضعف وضالة الآثار المحتملة لتجارة الدول الصناعية المتقدمة مع الدول النامية علي مستوى العمالة الكلية في الدول الصناعية - إلا أنها قد تؤثر بشكل جوهري علي قطاعات معينة فضلاً عن التأثير في هيكل الطلب علي المهارات.

فمن المحتمل أن يحدث تغيرات في توزيع العمالة بين القطاعات في الدول الصناعية حيث يقل الطلب علي العمالة في الصناعات التي تنتج السلع المتنافسة مع الواردات بينما يزيد الطلب في الصناعات التي تنتج السلع التصديرية إلي الدول النامية وذلك إذا أخذنا في الاعتبار أثر الإنفاق من قبل الدول النامية علي تمويل وارداتها من الدول الصناعية.

ومن الناحية الأخرى فإن التوسع في الصادرات المصنعة للدول النامية والتي تتكون غالباً من منتجات كثيفة العمل قد يتسبب في التأثير علي هيكل المهارات ويؤدي إلي تقليل الطلب علي العمل غير الماهر بالنسبة للعمل الماهر في الدول الصناعية المتقدمة.

ولكن يلاحظ أن التغير النسبي في العمالة القطاعية نتيجة التجارة مع الدول النامية يعد

ضئيلاً (٥٠٪) إذا ما قورن بنسبة تصل إلى حوالي ٢٠٪ من العمال يرغبون سنوياً في تغيير وظائفهم في الدول الصناعية المتقدمة، كما أن الإنخفاض في الطلب علي العمل لايتعدى نسبة ٢٠٪ من قوة العمل غير الماهر علي مدي الفترة (١٩٦٥-١٩٨٥).

٤- من المحتمل أن تثير التغيرات في هيكل الطلب علي المهارات مشكلات أكثر خطورة وإستمرارية من بالمقارنة مع التغيرات في الطلب القطاعي علي العمالة - إذا أخذنا في الإعتبار أن العمال غير المهرة الذي إختفت وظائفهم قد لا يستفيدوا من التوسع في فرص العمالة الماهرة والفنية.

وبمبثل علاج السوق لهذه المشكلات في مزيد من الإتساع في الفروق الأجرية بين العمال المهرة وغير المهرة، وقد لوحظ بالفعل إتساع هذه الفروق في الولايات المتحدة وأوروبا في الفترة الماضية ولكن من غير الواضح كم من هذه الفروق يمكن إرجاعه إلي تجارة هذه الدول مع الدول النامية؟

٥- بينما يؤدي إتساع الفروق الأجرية بين العمل الماهر وغير الماهر - من الناحية النظرية - إلي منع البطالة الناجمة للعمل غير الماهر نتيجة زيادة الطلب النسبي علي العمل غير الماهر فضلاً عن تقليل العرض، فمن الناحية الواقعية تقاوم النقابات العمالية هذا الإتهام وربما ساعدها علي ذلك، الجمود النسبي في الأجور الذي يعمل علي إستمرار وجود العجز في العمالة الماهرة والوفرة من العمالة غير الماهرة.

ويرتبط علي ذلك أن مهمة الحكومات في الدول الصناعية المتقدمة قد تصبح أكثر صعوبة في محاولتها التوفيق بين الأهداف المتعارضة المتمثلة في تخفيض معدل التضخم وتقليل معدل البطالة وخاصة في الدول الأوروبية نظراً لوجود العديد من العقوبات المرفقية التي تحد من مرونة الأجور فضلاً عن إنتشار البطالة علي نطاق واسع نسبياً بين العمال غير المهرة.

٦- إتضح من دراسة مدي مساهمة التجارة في نمو فرص العمالة بالدول الصناعية المتقدمة ضالة أثارها بالنسبة للتغيرات في الطلب المحلي والنمو في إنتاجية العمل كمصادر مسببة للتغير في فرص العمالة.

وقد قدرت نسبة التخفيض في فرص العمالة في ستة من الدول الصناعية المتقدمة (٧٥-١٩٨٠) نتيجة زيادة وارداتها من الدول النامية الحديثة التصنيع - بما لايتعدى ٢٪ فقط من الإنخفاض الذي تم إرجاعه إلي الإرتفاع في إنتاجية العمل في هذه الدول

وقد إنفقت هذه النتيجة مع نتائج الدراسات المبكرة في نفس المجال والتي قامت بها منظمات ILO، OECD في الستينات و UNCTAD في أوائل السبعينات.

٧- إن إتباع سياسات الحماية للحد من الآثار السلبية علي العمالة في الدول الصناعية المتقدمة نتيجة التوسع في الصادرات المصنعة للدول النامية - لن يكون العلاج المناسب حتي من وجهة نظر تحقيق مصالح الدول المتقدمة ومع تجاهل الأضرار التي قد تلحق بالدول النامية، وقد أوضحت العديد من الدراسات أن تكاليف الحماية ربما تفوق المكاسب التي يمكن أن يحققها العديد من القطاعات.

ولذلك قد يكون من الأفضل إتباع وسائل أخرى غير الحماية بحيث تقدم الحكومات في الدول الصناعية المتقدمة أوجه المساعدة المختلفة للقطاعات أو الفئات التي قد تتضرر من التجارة مع الدول النامية. فمواجهة مشكلة إنخفاض الطلب علي العمل غير الماهر ممكنة من خلال المزيد من الإنفاق علي التعليم والتدريب وخلق فرص عمل لغير المهرة، كما أن تحسين الدخل المتاح للعمال من ذوي الأجور المنخفضة يمكن تحقيقه من خلال إتباع وسائل مختلفة لإعادة توزيع الدخل مثل إتباع أنظمة ملائمة للضرائب والرفاهية والضمان الإجتماعي.

المراجع الأجنبية :

- BlueStone, Barry, The Impact of Schooling and Industrial Restructuring on Recent Trends In Wage Inequality in the United States, American Economic Review, papers and proceedings, May, 1990, pp. 303-337.
- Hsieh, C, Measuring the Effects of Trade Expansion on Employment : A Review of Some Research, International Labour Review, January, 1973, pp. 1-29.
- Lydall, H.F., Employment Effects of Trade Expansion, International Labour Review, March, 1975, No. 3, pp. 219-224.

This paper is based on a summary prepared by the author of a longer study which has been published by the ILO, Geneva, 1975 under the title : Trade and Employment. A Study of the Effects of trade Expansion on Employment in Developing and Developed Countries.

- Martin, J.P., and J.M. Evans, Notes on Measuring the Employment Displacement Effects of Trade by the Accounting procedure, Oxford Economic papers, March, 1981, pp. 154-164.
- Tybout, James R., Linking Trade and Productivity: New Research Directions, The World Bank Economic Review, Vol. 6, No. 2, 1992, pp. 189-211.
- UNCTAD, Trade and Development Report. New York, 1993.
- UNIDO, Industry and Development Global Report, Vienna, 1986.
- Wood Adrian, How Much Does Trade With The South Affects Workers In The North?, The World Bank Research Observer, Vol. 6, No. 1, January, 1991, pp. 19-36.



REVUE AL HOQUOQ

POUR LES ETUDES JURIDIQUES ET
ECONOMIQUES

PUBLIEE PAR

LA FACULTE DE DROIT

UNIVERSITE D'ALEXANDRIE

